DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA: IMPLICAÇÕES RECÍPROCAS

Organizador:
Paulo Gustavo Gonet Branco

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo e

Gabriela Gadeia Brito Jardim

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Paulo Gustavo Gonet Branco[1]

Esta publicação revela o resultado de reflexões ao longo do ano de 2014, do Grupo de Pesquisa do Mestrado/IDP Jurisdição Constitucional.

O Grupo de Pesquisa vem mantendo, desde 2012, foco em questões teóricas, metodológicas e empíricas concernentes a aspectos diversos relacionados com o tratamento do tema da dignidade da pessoa humana no Direito. O último período concentrou atenção nas implicações entre a dignidade da pessoa e o princípio da igualdade.

O primeiro artigo, buscou dar o norte dos debates que se desenvolveram ao longo de todo o ano acadêmico.

Todos os textos foram apresentados em uma primeira versão para a crítica, complementação e emendas por parte dos participantes do grupo. Assim, de alguma forma, o resultado final tem parcela de concepção coletiva. De toda sorte, cada um dos artigos que compõem esta coletânea é de autoria definitiva individual, já que o grupo se abre a que o autor mantenha o seu ponto de vista, não obstante os debates que suscite.

Vale o reparo de que os membros do grupo provêm de situações acadêmicas diversas. Há alunos regulares do mestrado, alunos da pós-graduação do IDP e da graduação em Direito do Instituto. Acolhemos, igualmente, professores universitários de outros centros, como, neste ano, de Itumbiara, GO, além de ex-alunos do IDP. Esta publicação também se enriquece da rede acadêmica a que visa o Grupo de Pesquisa, incluindo no seu bojo estudo de integrante de programa de mestrado da Universidade Federal de Uberlândia.

Constam deste volume os estudos, além do meu próprio ("Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana - alguns referenciais teóricos de interesse"), de

---

[1] Condutor do Grupo de Pesquisa do Mestrado/IDP Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Coordenador do Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Carlos Odon Lopes da Rocha (“Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: o outro como fim em si mesmo”) e de Odilon Cavallari de Oliveira (“Os desafios na concretização do princípio da igualdade e a contribuição dos Tribunais de Contas para a sua superação”). Do Programa de Mestrado da Universidade Federal de Uberlândia, Rodrigo Pereira Moreira participa do volume com o ensaio “Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: âmbito de proteção e reconhecimento como direito fundamental atípico”.

Boa leitura!

IGUALDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – ALGUNS REFERENCIAIS TEÓRICOS DE INTERESSE.

Paulo Gustavo Gonet Branco[2]

DOI 10.11117/9788565604499.01

Num sistema que adota a dignidade da pessoa humana como premissa valorativa de todo o ordenamento constitucional, a preocupação com a igualdade surge como consequência lógica imperativa. E, se a compreensão do que caracteriza a dignidade humana enreda o jurista em questões que desafiam os limites dos seus afazeres habituais, as perplexidades que a igualdade propõe não são menos instigantes.

Se tomarmos por linha de orientação a dignidade humana como retratada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – diploma que inspira e formata tantas das constituições em vigor no mundo –, fica claro que o respeito à dignidade humana não se relaciona apenas com aspirações de proteção do indivíduo singularmente considerado, mas também leva em conta a pessoa como como membro de grupos e como integrante de uma organização maior, que influencia o seu modo de vida – a comunidade política. Da mesma forma, haverá de ser visto como ínsito à dignidade da pessoa o reconhecimento da sua dimensão espiritual, a sua relação – positiva ou de negação – com o plano divino. A Declaração cuida de exigências elementares de cada uma dessas quatro perspectivas da dignidade, das quais derivam os direitos básicos que enumera.

Basta ver que o preâmbulo da Carta das Nações Unidas, de 1945, faz explícito ato de fé "na dignidade e no valor da pessoa humana". A Carta deixa nítido que arranca da premissa de que, para se prevenir a eclosão de guerras devastadores, é indispensável a criação de uma ordem mundial baseada no

---

[2] Condutor do Grupo de Pesquisa do Mestrado/IDP Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Coordenador do Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos elementares que dela decorrem.

Outros tantos documentos de direito internacional confirmam o valor da dignidade humana como a pedra de toque e fundamento dos direitos humanos.

As Convenções de 1966 da ONU, por exemplo, afirmam que os direitos que proclamam derivam da inerente dignidade da pessoa humana.

Embora nenhum desses documentos se ocupe de definir o que seja a dignidade da pessoa, decerto que tomam em conta a tradição que lhe empresta significado. Essa tradição coincide com a referência do homem como imagem de Deus e, no plano secular, com o reconhecimento do homem como ser dotado de autonomia individual e liberdade, refletindo a inerência ao ser humano da razão e da consciência.

A dignidade, afinal, se desdobra em pretensões de liberdade e de respeito à autonomia moral de cada pessoa. Da mesma forma, é aludida pela Declaração Universal de 1948 como razão para que sejam criadas condições econômicas que assegurem uma existência dignificada para todos os homens. [3]

Mostra-se clara a conexão entre dignidade da pessoa e igualdade. Se a dignidade é atributo de todos os homens, todos devem ser tratados com igual respeito e a todos devem ser reconhecidos os mesmos direitos fundamentais. A ninguém é devido tratamento que seja repulsivo à igualdade intrínseca entre todos, no que diz com a igualdade de acesso aos meios de desenvolvimento pessoal, com a igualdade de respeito às decisões morais de cada um, bem assim com a igualdade em responsabilidade pelas escolhas feitas na vida em coletividade.

Igualdade como derivação da dignidade

---

3 Essas considerações se confirmam com o primeiro artigo da Declaração de 1948:
"Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir entre si em espírito de fraternidade".

Nota-se que a ideia de igualdade que resulta da dignidade não pode limitar-se ao plano dos interesses de cada indivíduo; na realidade, não é dado prescindir das ingerências surgidas do fato de que ser *pessoa* corresponde a se relacionar – o conceito de pessoa não se compreende sem esse seu elemento. A dignidade, portanto, também leva em conta as necessidades da comunidade social em que o indivíduo vive. A pessoa é um ser comunitário, que se relaciona com outros e que se limita pela comunidade, num plano idealmente de amor. Mas, se não é dado encerrar a dimensão da dignidade no domínio da vontade e dos interesses individuais de cada pessoa, tampouco, decerto, que o indivíduo pode ser tido, como ensina o notório aforismo de Kant, apenas um meio para fins de outrem, em especial do Estado.

Desrespeita a dignidade tratar a pessoa como desprovida de valor intrínseco igual a de todos os demais seres humanos. Por isso, não apenas os assaltos à integridade física, psíquica e moral das pessoas, mas, também, os quadros de abjeta miséria material configuram situações em que se justifica invocar o princípio do respeito à dignidade da pessoa. De toda sorte, reconhecer que a dignidade é atributo também do *outro*, de todas as pessoas, implica a necessidade de se operarem ponderações entre a dimensão individual da dignidade e a sua dimensão social, esta levando em conta a necessidade de preservar o interesse de toda a coletividade, para a proteção da dignidade de todos os que a ela pertencem. São notórias as dificuldades que aguardam o estudo desses casos. A discussão sobre a extensão do direito à igualdade, nascida da convicção de que todos têm igual dignidade, partilhará inevitavelmente dessas complexidades.

O direito à igualdade, visto sob as dimensões individual e social da dignidade, não pode coincidir com uma mera igualdade aritmética, consistente numa singela distribuição *per capita* de todos os bens e direitos disponíveis, independentemente das necessidades de cada qual e com sumário desprezo por critérios de merecimento – estes últimos fatores, que informam uma igualdade proporcional, espelham melhor a ideia de dignidade como a abranger também elemento de responsabilidade de cada qual. Sendo, portanto, uma expressão que congloba uma estrutura de proporcionalidade, o postulado jurídico-moral da igualdade não impõe

uma equalização cega a tudo e a todos. Haverá igualações que não se comportam no conceito moral de igualdade e que mal se compadecem da liberdade responsável, que também é apanágio da pessoa humana. Por outro lado, certas desequiparações podem revelar-se como imposições de uma ordem igualitária.

Diversos ângulos do problema da igualdade

Há, com certeza, uma igualdade que se distribui entre todos, sem comportar gradações. Assim, todos os seres humanos têm igual direito de se verem respeitados e de serem tratados como legítimos artífices de seus destinos. Disso surge a noção de igualdade perante o direito ou perante a lei, que termina por se confundir com a ideia de abstração e generalidade das leis – todos estão sujeitos ao direito, todos podem ser apanhados pela lei. Não se diferenciam as pessoas que se incluem no pressuposto de uma norma – a todas a lei se impõe. Não há quem esteja, por algum atributo peculiar, acima das leis; aí se resumindo a matriz de uma concepção republicana da igual dignidade de todos os homens.

A lei também deve, em princípio e por imperativo formal da igualdade, tratar a todos os que se encontram sob uma mesma situação de uma só e mesma maneira. Essa exigência, a que se dá o nome de *igualdade na lei*, é dirigida ao legislador, e, no que tange à aplicação da lei, traduz comando direcionado aos que aplicam o direito.

Esse conceito de *igualdade* é, pois, relacional, e, não, substancial. A justeza do tratamento igualitário ou da diferenciação estabelecida pela lei depende da comparação entre pessoas ou situações relevantes. O problema que daqui surge diz com descobrir que fator há de ser adotado para se estabelecer quando os casos confrontados para fins de apuração do respeito à igualdade se assemelham ou se distinguem substancialmente.

A questão deve ser enfrentada em passos sequenciais.

É sabido que não existem duas pessoas ou duas situações iguais sob todos os ângulos; por isso mesmo, sempre se poderá desvendar um aspecto diferenciador entre termos comparados. Isso não pode levar, entretanto, a que se deduza que a

igualdade é impossível. Ao contrário, devem ser discernidos termos relevantes de referência que aproximem traços individuais cotejados, de modo a possibilitar a conclusão sobre a existência de um quadro de comparabilidade razoável.

Assim, uma norma que venha a estabelecer preços diferenciados para cursos de ensino superior segundo a renda pessoal do estudante não terá como ser utilmente avaliada segundo o critério da igualdade, se partir da comparação do conjunto dos estudantes com o conjunto dos cidadãos que não estudam. Mas se restringido o grupo relevante ao dos que estudam, a diferenciação segundo a renda pessoal ganhará significado. Há, neste caso, o fator comum essencial da condição de estudante. Dentro desse conjunto formado por essa condição, há o tratamento diferenciado dos que têm renda pessoal com relação aos que não a têm. Ambos são tratadas de modo distinto e ambos estão alcançados por um elemento que os aproxima substancialmente e os distingue de outros grupos – a condição de estudantes.

Note-se que a existência de um fator comum relevante não basta para tornar exigível um tratamento unificado. É possível que, para situações que se assemelham substancialmente, seja fixada uma disciplina de direitos e obrigações diferenciada, tendo em vista um outro elemento que revele a existência de espécies diferentes de um mesmo gênero. No exemplo do custeio dos estudos imaginado, o elemento indutor do tratamento diferenciado é a disponibilidade de recursos para pagar o ensino. Cabe, então, perquirir se esse elemento é capaz de autorizar o tratamento distinto, por meio de juízo que não dispensará os préstimos do postulado da proporcionalidade.

Há que se apurar, nessa análise, o fim a que visa a diferenciação adotada e qualificar o objetivo segundo seja, ou não, tolerado pela ordem constitucional. Outro exemplo pode ser aqui imaginado. A fixação de alíquotas de imposto menores para a aquisição de automóveis destinados a servir de táxi, com relação à que incide sobre a compra dos demais automóveis, visa, evidentemente, a estimular uma frota constantemente nova de carros de aluguel, com o que se garante conforto aos passageiros e se propiciam melhores condições de segurança no trânsito. A

diferenciação sem dúvida que atende a um propósito acolhido pela ordem constitucional.

Não basta, entretanto, o fim legítimo. Deve também ser verificada a aptidão do tratamento diferenciado para a finalidade pretendida, estabelecendo-se, ainda, um juízo sobre a razoável relação entre a desigualdade estabelecida e a importância de se atingir o objetivo buscado.

Assim, por exemplo, por mais relevante que seja o serviço de táxi, dificilmente se toleraria que uma lei impusesse, além do incentivo fiscal aos taxistas, que todo comprador de automóvel particular contribuísse com 30% do preço que lhe é cobrado, para auxiliar os taxistas na compra dos veículos destinados à praça.

Como remediar os atentados à igualdade formal

O exemplo do parágrafo anterior remete a outro aspecto de interesse no estudo da igualdade. O postulado da isonomia serve tanto para coibir benefícios impróprios como para vetar ônus injustamente diferentes que recaiam sobre grupos distintos de pessoas. O raciocínio para sindicar a legitimidade constitucional nos dois casos é o mesmo. As possibilidades de daí surgirem direitos subjetivos, tuteláveis judicialmente, entretanto, tendem a variar.

O princípio da separação dos poderes influencia os limites dos remédios judiciais para as desigualdades ilegítimas, conforme o modo como os ônus ou as vantagens são disciplinadas pelo legislador.

Se a lei é discriminatória quando impõe uma obrigação a um grupo de pessoas, isentando dela outro grupo substancialmente em igual situação, a solução haverá de ser a anulação do diploma. O problema se torna mais melindroso, se a lei confere uma vantagem para um grupo, sem estendê-la a outro em igual situação substancial. Em princípio, se a concessão da vantagem somente pode ser realizada por lei em sentido formal, não cabe ao Judiciário estender o benefício a quem o legislador não contemplou expressamente. Essa é a orientação que anima a Súmula

339/STF e a Súmula Vinculante 37[4]. Por outro lado, se a lei não contemplou um grupo com a benesse que estipulou, mas a Constituição comunica a esse conjunto de sujeitos tudo o que for dado, por lei, ao primeiro grupo, a questão se resolve pela concessão a todos da mesma vantagem. [5]

Quando o problema não se reduz a essa última situação, a solução se abre a mais intensas controvérsias. Se a vantagem é dada a um grupo de modo abusivo e injustificado, um juízo de controle abstrato dessa lei deve levar à anulação do benefício. Mas, se a vantagem é, segundo parâmetros constitucionais, justa, sendo inadequada apenas a exclusão de um grupo de pessoas do benefício, tem-se proposto, em algumas jurisdições, que se veja aí uma lacuna de formulação da lei, para se estender a vantagem ao grupo esquecido, sob o pretexto de que somente assim o sistema da lei cumpriria o seu sentido, não se devendo, ademais, presumir que o legislador haja desejado fixar uma discriminação inconstitucional. Outra solução para o mesmo embaraço é a de proclamar a inconstitucionalidade da lei nessas condições, mas sem anulá-la, pelo menos por algum tempo, com vistas a permitir que o legislador corrija o equívoco, sob pena de, não o fazendo em bom prazo, toda a lei ser invalidada.

É interessante notar que aqui se tem um quadro que aparta o direito da igualdade da sistemática típica dos direitos de liberdade, precisamente em função da resposta judicial que deve ser dada aos casos de infringência que um ou outro direito venha a sofrer. Enquanto na infração a uma liberdade fundamental, a solução, como regra, está em suprimir o ato com ela incompatível, no caso da quebra da isonomia, um leque de possibilidades mais amplo se apresenta ao aplicador do direito. O desate do problema pode dar-se pela invalidação de toda a norma, pela extensão do benefício ao grupo discriminado, ou ainda pela supressão do ônus criado ao grupo sacrificado.

---

[4] "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia".

[5] Nesse sentido, as decisões judiciais que estendiam aos servidores públicos civis a diferença de percentual, comparativamente ao atribuído a militares, de reajustes gerais de remuneração, ao tempo em que a Constituição impunha expressamente a equiparação na recomposição salarial dessas categorias de agentes públicos.

Fatores suspeitos de discriminação

A própria Constituição indica certos fatores que tendem a ser suspeitos de invalidade quando adotados como elemento de diferenciação. A proclamação da igualdade entre homens e mulheres serve para o ilustrar. O art. 5º, I, da CF, não deve ser visto como a proibir absolutamente diferenças normativas segundo o gênero da pessoa, mas se presta como barreira contra distinções estabelecidas segundo padrões sociais anacrônicos e sem sustentação em objetivas diferenças orgânicas entre as pessoas de sexos opostos. A diferenciação segundo características pessoais inatas tende a exigir mais nítida e ponderosa justificativa.

Igualdade na aplicação da lei pela Administração e pelo Judiciário

Vale observar que a exigência de igualdade na aplicação da lei também exerce influência para que a Administração não se desgarre da praxe que estabeleceu em torno do modo de realizar o que o comando legal dispõe, bem como serve de pressuposto para que se respeitem precedentes jurisprudenciais, no âmbito do Poder Judiciário. A margem de liberdade para adotar critérios diferentes do já adotado pelo legislador é muito menor nessas hipóteses. A igualdade de tratamento exigida, porém, não vai ao ponto de proibir que o Judiciário imprima evolução à sua jurisprudência ante novas realidades que produzam revalorações sócio-jurídicas de um mesmo fenômeno. Tampouco da igualdade na aplicação da lei decorre um dever da Administração e do Judiciário de manterem posição antiga, diante da verificação posterior da sua ilegalidade.

As considerações desenvolvidas até aqui auxiliam a análise da igualdade sob o ponto de vista formal. Vale dizer, a tônica está em verificar se uma equiparação ou uma diferenciação se justifica ante o princípio formal de que a lei não deve discriminar os que se presumem iguais.

A igualdade material ou real

A igualdade sob a perspectiva formal não está vocacionada, contudo, a corrigir desigualdades estruturais, que se apresentem injustas sob o ponto de vista material. Nestes casos, a invocação da igualdade meramente formal mostra-se capaz de estender iniquidades no tempo, atraindo críticas, como a contida na frase irônica de Anatole France, que alude à “majestosa igualdade das leis, que proíbe tanto o rico como o pobre de dormir sob as pontes”.

Há circunstâncias que conclamam o legislador a conceber normas que corrijam desigualdades reais e repulsivas entre indivíduos ou grupos de indivíduos, mediante providências legislativas *corretivas* das causas da situação indigna ou *compensadoras* dos efeitos do tratamento pretérito, considerado, agora, inaceitável. Nesses casos, o legislador pode-se valer do método da discriminação inversa ou positiva. A lei, então, rompe com as exigências de igualdade formal e firma um indiscutível tratamento díspar entre grupos, justamente para propiciar uma restauração de real igualdade de oportunidades entre grupos privilegiados e grupos submetidos a padrões de discriminação impeditivos do igual acesso aos meios de disputa pelos bens da vida.

O legislador dispõe de certa margem de discricionariedade para se valer das diferentes formas de implementar essas medidas, também denominadas de *ações afirmativas*. Elas podem consistir em concessões de vantagens exclusivas ao grupo que se quer redimir, sem que isso importe direta e sensível oneração dos demais grupos sociais – caso de concessão seletiva de bolsas de estudos, por exemplo. A ação afirmativa pode, por outro lado, reservar bens para o grupo que quer revigorar, retirando esses mesmos bens da fruição pelos demais – como na política de quotas, que resulta numa “soma zero”, vale dizer: o que se dá a um é retirado de outro.

As medidas de discriminação reversa amparam-se no compromisso da Constituição de 1988 com a erradicação das injustas diferenças sociais e da miséria. Têm por si a promessa do constituinte de empenho na promoção da dignidade da pessoa humana. Nessa medida, são legítimas. Mas, inevitavelmente, provocam tensão com o valor também constitucional da igualdade formal. Daí a necessidade de avaliação criteriosa das ações afirmativas, que devem se ajustar aos padrões da

proporcionalidade e receber um juízo tanto mais estrito quanto mais interferem sobre a garantia da igualdade formal.

Conclusão

A proposta que este escrito inicial sugere ao Grupo de Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional é a de explorar como a jurisprudência no Brasil, especialmente a do Supremo Tribunal Federal vem enfrentando, nos últimos anos, esses ângulos que o princípio da isonomia, como derivação direta e necessária da dignidade da pessoa humana, sugere. São diversas as abordagens cabíveis. O exame de tantas quanto possível enriquecerá decerto a qualidade do acompanhamento pela academia dos fins, meios e métodos adotados em função do propósito de prestigiar o valor da igualdade.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O OUTRO COMO FIM EM SI MESMO E A IGUALDADE MATERIAL

Carlos Odon Lopes da Rocha[6]

DOI 10.11117/9788565604499.02

Resumo: O presente artigo busca demonstrar a necessidade de uma (re)leitura do princípio da dignidade da pessoa humana, agora a partir de uma ética da alteridade, cujos expoentes são os filósofos Emmanuel Lévinas e Paul Ricoeur. Conferindo presença ao "outro", o princípio da dignidade se transforma em deveres e obrigações para o "eu", o que concretiza, em última análise, a igualdade material e a solidariedade.

Palavras-Chave: Dignidade humana. Ética da alteridade. Outro. Dignidade para-o-outro.

Abstract: This article seeks to demonstrate the need for a reading of the principle of human dignity from an ethics of alterity, whose exponents are the philosophers Emmanuel Lévinas and Paul Ricoeur. Checking presence of "the other", the principle of dignity becomes duties and liabilities to the "I", concretizing, ultimately, the intersubjective solidarity and fraternity.

Keywords: Human Dignity. Ethics of alterity. Other. Dignity for-the-other.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal[7], é considerado, por muitos, a norma jurídica e vetor axiológico que sustenta todo o arcabouço da democracia constitucional. Alguns afirmam, inclusive, que se todo o texto constitucional pudesse ser reduzido a um único princípio, esse seria o da dignidade humana[8], verdadeiro "direito fundamental de todos os direitos fundamentais". Cuida-se, destarte, de um princípio irrenunciável e inalienável, fundante da própria ideia de Direito.

---

[6] Mestrando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Pós-graduado em Direito Público pelo IDP. Procurador do Distrito Federal. Advogado. Membro da Comissão de Advocacia Pública da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Distrito Federal (OAB/DF).

[7] Além do art. 1º, inciso III, a Constituição Federal prevê expressamente a dignidade da pessoa humana nos artigos 226 (que trata da família), 227 (que cuida das crianças e adolescentes) e 230 (que protege as pessoas idosas).

[8] A terminologia "dignidade humana" será empregada como sinônimo de "dignidade da pessoa humana". Não se desconhece, todavia, a existência de corrente doutrinária que advoga a tese de que "dignidade humana" se refere ao indivíduo concreto, de carne e osso; enquanto "dignidade da pessoa humana" alude à humanidade como um todo abstrato (v.g., Ingo W. Sarlet e Jorge Miranda).

Com o surgimento de um novo paradigma (neoconstitucionalismo), os princípios, a partir da década de 50, ganham normatividade jurídica, deixando para trás sua mera posição subsidiária de auxiliar a função integrativa na aplicação da lei. Há uma (re)aproximação entre Ética e Direito. Para tanto, foram fundamentais as contribuições teóricas de Ronald Dworkin, Genaro Carrió e Josef Esser.

Na atual fase neoconstitucionalista, os princípios são tidos como normas vinculantes, dotadas de imperatividade e eficácia no âmbito da ordem jurídica. Não são mais meros repertórios de conselhos para os poderes políticos, convertendo-se, isto sim, em normas jurídicas.[9] São espelhos dos valores agasalhados pela sociedade, previstos explícita ou implicitamente na Constituição.

Crisafulli, em conceituação formulada nos idos de 1952, afirmou que

> Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam (...) estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.[10]

Com a normatividade direta dos princípios, a dignidade da pessoa humana é usada, não raras vezes, de forma arbitrária e inconsequente, servindo apenas como fórmula retórica para justificar preferências subjetivas e ideológicas do intérprete/aplicador.

O uso arbitrário e inconsequente é proporcionado pelo conteúdo vago, ambíguo, fluido, ambivalente e indeterminado do princípio da dignidade humana, o que dificulta uma adequada justificação filosófica-racional.

Oportuno lembrar as observações (pessimistas) feitas por Friedrich August von Hayek em relação à indeterminação da expressão "justiça social", as quais são pertinentes, ao menos no nível da prática judicial, ao princípio da dignidade humana que ora se estuda. Disse o economista austríaco:

---

[9] SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org). *A Constitucionalização do Direito. Rio de Janeiro*: Lumen Juris, 2007, p. 118.

[10] Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 230.

> A questão que eu mais desejava demonstrar era que as pessoas nunca poderiam chegar a um acordo quanto às exigências da "justiça social".
> (...)
> Nas minhas primeiras tentativas de criticar o conceito tive o tempo todo a sensação de que me estava debatendo num vazio e, por fim, procurei, coisa que em tais casos se deve fazer antes de mais nada, elaborar a melhor defesa do ideal de "justiça social" de que fosse capaz. Foi somente então que me dei conta de que o rei estava nu, isto é, de que a expressão "justiça social" era inteiramente vazia e desprovida de significado. Como o garoto da história de Hans Christian Andersen, eu "não conseguia ver coisa alguma porque não havia nada para ser visto". Quanto mais me esforçava para conferir-lhe um significado preciso, mais ela se desintegrava – o sentimento intuitivo de indignação que inegavelmente experimentamos muitas vezes em circunstâncias específicas mostrou-se irredutível a uma justificação por uma norma geral, tal como o exige a concepção de justiça. Mas demonstrar que uma expressão de uso universal, que para muitas pessoas encarna uma fé quase religiosa, não tem conteúdo algum e serve apenas para insinuar que devemos consentir nas exigências deste ou daquele grupo é muito mais difícil do que mostrar que uma concepção é errônea.
> (...)
> Em tais circunstâncias, eu não poderia contentar-me em mostrar que tentativas específicas de realizar "justiça social" não seriam exequíveis; era necessário explicar que a expressão não significa coisa alguma e que emprega-la é ou uma irreflexão ou uma fraude. Não é agradável ter de argumentar contra uma superstição sustentada com o maior entusiasmo por homens e mulheres frequentemente considerados a nata de nossa sociedade, contra uma crença que se tornou quase uma nova religião de nosso tempo (e na qual ministros das religiões tradicionais encontram refúgio) e que passou a ser marca registrada do homem bom. Mas a atual universalidade dessa crença não prova a realidade de seu objeto mais do que o fazia a crença universal em bruxas ou na pedra filosofal. (...) fazer com que se envergonhassem, daqui por diante, de usar de novo essa vazia fórmula mágica. Senti meu dever pelo menos tentar libertá-los desse pesadelo que atualmente transforma sentimentos delicados em instrumentos de destruição de todos os valores de uma civilização livre (...)[11]

Em que pese as premissas e dificuldades teóricas já expostas, seria lamentável abandonar uma ideia relevante apenas pelo risco de malversação. Assim, o objetivo deste artigo é encontrar uma adequada justificação filosófica-

---

[11] HAYEK, Friedrich A. *Direito, Legislação e Liberdade: Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Vol. II. São Paulo: Visão, 1985, p. XI e XII (Prefácio).

racional para o princípio da dignidade da pessoa humana, o que ocorrerá somente a partir de uma releitura da ética da alteridade, filosofia capitaneada por Paul Ricoeur e Emmanuel Lévinas.

2 USO DESMEDIDO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PRÁTICA JUDICIAL BRASILEIRA

Sem uma maior preocupação ou justificação teórica, é comum aplicar, no âmbito jurisprudencial, o princípio da dignidade humana para as mais diversas e inusitadas situações, transformando-o em mero apelo emocional para conquistar o auditório. Como já ressaltou o Ministro Dias Toffoli, há certo

> (...) abuso retórico em sua invocação nas decisões pretorianas (...), transformando a conspícua dignidade humana, (...) em verdadeira panaceia de todos os males. Dito de outro modo, se para tudo se há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá (...). Creio que é necessário salvar a dignidade da pessoa humana de si mesma (STF, RE n. 363.889/DF).

A corroborar a mencionada banalização, verifica-se que as mais altas instâncias do Poder Judiciário do país já tiveram oportunidade de aplicar o princípio da dignidade humana para fins de: a) inconstitucionalidade da transformação de taxistas autônomos em permissionários (STF, RE 359.444); e, b) inconstitucionalidade da “briga de galo” (STF, ADI n. 1856/RJ); c) incorporação de gratificação por cargo de confiança exercido por vários anos (TST, RR n. 392441-61.1997.5.06.5555); d) condensação dos princípios da hierarquia e disciplina militares (STM, Processo n. 2009.01.051387-6); e) resolução de casos envolvendo adoção e disputa de guarda de menor (STJ, RESP 1.068.483/RO e CC 108.442/SC); e, f) impossibilidade de extinção, por acordo coletivo, de horário de pausa para alimentação e descanso do trabalhador (TST, RR n. 452564-72.1998.5.03.5555).

O uso desmedido do princípio da dignidade humana o transforma em argumento fácil e rápido para criticar situações e motivar decisões, o que pode resultar em aplicações voluntaristas e decisionismos judiciais.

Como ensina Bruno Cunha Weyne,

> (...) todas essas decisões seriam possíveis e mais bem fundamentadas se não houvesse o apelo ao princípio da dignidade humana, mas sim a outras normas mais adequadas à solução dos conflitos em questão. Ao contrário do que se poderia pensar, o uso indiscriminado desse princípio é problemático tanto para o seu próprio prestígio quanto para a práxis e para o discurso jurídicos. Isso porque, de um lado, o recurso constante e desnecessário ao princípio da dignidade humana leva à sua banalização, à perda dos seus contornos e ao enfraquecimento da sua força normativa; de outro, porque o caráter privilegiado que comumente se lhe atribui acaba por imuniza-lo de uma análise mais profunda sobre o seu conteúdo, sobre as suas implicações e, principalmente, sobre os seus possíveis usos argumentativos, o que gera o aumento da insegurança na práxis e no discurso jurídicos, bem como representa um obstáculo ao reconhecimento e à proteção dos direitos humanos e fundamentais, que seriam a expressão de tal princípio.[12]

Destarte, para uma adequada justificação teórica a partir da prática judicial, torna-se imperioso, inicialmente, que o intérprete/aplicador imponha ao princípio da dignidade humana um necessário caráter subsidiário em relação aos demais direitos fundamentais, sendo a *ultima ratio* do poder argumentativo e da persuasão.

A dignidade há de ser vista como princípio originário do qual nascem todos os direitos humanos fundamentais (vida, liberdade, igualdade, honra, propriedade, ambiente ecologicamente equilibrado etc), estes, sim, de conteúdos menos imprecisos e indeterminados, que servem para delimitar as pretensões de cada parte nas relações jurídicas existentes no interior da sociedade.

Os direitos fundamentais em espécie, em outras palavras, são normas subordinadas ao princípio da dignidade humana. Tomando por empréstimo as palavras de Crisafulli, a dignidade os pressupõe, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais). Não se pode imaginar o direito à vida ou à liberdade sem antes pressupor que o indivíduo possui certa dignidade inviolável. Qualquer motivação para suprimir a vida de alguém, por exemplo, parte do pressuposto de que a mesma não detém dignidade, sendo pura animalidade ou coisificação.

---

[12] WEYNE, Bruno Cunha. *O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 117/118.

O Tribunal Constitucional alemão afirma que o princípio da dignidade humana é o ponto de partida de outros direitos fundamentais, reforçando o vínculo com estes.[13] Mas a Corte Constitucional germânica “maneja o art. 1º, I (...), sem invocar a dignidade humana de modo inflacionário, evitando sua desvalorização. Ela não é utilizada em argumentação de forma panfletária”, conforme ensina Peter Haberle.[14]

Essas breves considerações já são suficientes para justificar uma redução no uso inflacionário do princípio da dignidade humana na prática judicial nacional. Porém, como se não bastasse a “trivialização” do argumento atinente à dignidade na jurisprudência, é possível encontrar essa mesma desvalorização em diversos documentos normativos, por exemplo, a previsão da dignidade humana como: a) princípio da política agrícola e fundiária na Constituição da Bahia; b) princípio da pesquisa tecnológica na Constituição do Rio Grande do Sul; c) princípio do planejamento urbano na Constituição do Ceará; d) princípio para manutenção de casas-albergues para idosos, mendigos, crianças e adolescentes abandonados na Constituição do Rio Grande do Sul[15].

Para evitar a banalização de tal relevante princípio, o intérprete necessita de justificações teóricas *a priori* para suas aplicações no caso concreto, para que com isso possa controlar racionalmente suas decisões.

3 AS JUSTIFICAÇÕES FILOSÓFICAS PARA A DIGNIDADE HUMANA

3.1 A visão teológica e suas críticas

Desde a antiguidade clássica ocorriam lutas entre indivíduos, a fim de assegurar o gozo de alguns direitos fundamentais básicos, entre eles a vida e a liberdade. A proteção de tais direitos, no plano filosófico, remonta ao estoicismo (Grécia), com o nascimento (ainda prematuro) da ideia de dignidade da pessoa humana. No plano religioso, remonta ao judaísmo e ao cristianismo, com base na ideia de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus. Com isso, ao

[13] MENDES, Gilmar Ferreira. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 6, vol. 2, jul./dez. 2013.
[14] HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: *Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 57.
[15] MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.,* p. 88.

homem seria assegurado alguns direitos elementares, decorrentes de “leis divinas, imutáveis e eternas”.

Segundo a visão teológica, da criação do homem como imagem e semelhança de Deus decorre sua dignidade, conforme dito acima. Como centelha de Deus, a dignidade humana conteria, ainda que de forma incompleta, a própria dignidade divina. Essa união entre dignidades de planos diversos se concretizaria com a vinda e morte do Messias, do Deus feito homem, para fins de salvação de toda a humanidade.

Jacques Maritain, ao defender uma concepção teológica da dignidade humana, afirma que a tarefa da civilização “consistirá no reencontro e na refundação do sentido dessa dignidade, na reabilitação do homem em Deus e através de Deus, não separado de Deus. Isso significa uma completa revolução espiritual”.[16]

E continua Maritain, citado por Bruno Cunha Weyne,

> A era será uma era de dignificação da criatura, na sua relação viva com o Criador, vivificada por Ele, e como tendo n´Ele a justificação de sua existência, do seu trabalho na terra, das suas reivindicações essenciais e da sua tendência para a liberdade. Será novamente, ao menos para aqueles capazes de entender, uma era de humildade e de magnanimidade, mas com uma nova consciência das potencialidades humanas e da profundidade, da magnitude e da universalidade dos problemas humanos (...). Ela irá manifestar-se num profundo respeito e compreensão da criatura e numa maior atenção para descobrir nela todo o vestígio de Deus.[17]

Entre as tantas críticas sofridas pela concepção teológica de dignidade, há aquelas que afirmam que sua justificação busca um recurso à autoridade, ou ainda uma maneira de escapar do difícil problema da fundamentação. Para justificar a dignidade, portanto, é preciso, antes, justificar a existência de Deus. Ignorar essa tarefa, lembra Bruno Cunha Weyne, “significa fundar a dignidade humana apenas numa fé individual, o que, embora não seja incompatível com tal princípio, não é suficiente nem para justifica-lo nem para fornecer contornos seguros”[18]. Em que pese os esforços de Santo Tomás de Aquino, os argumentos em favor da existência

---

[16] MARITAIN, Jacques. *O homem e o Estado*. Trad. Alceu Amoroso Lima. 4ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1966, p. 97.
[17] Apud WEYNE, Bruno Cunha. *Op. cit.,* p. 174/175.
[18] Idem, p. 179.

da Deus não conseguem convencer os interlocutores dentro da esfera da razão pública, nem mesmo Kant.

Outros refutam a ideia teológica com fulcro no fato de a moralidade cristã não ser a única, existindo diversas outras concepções morais. Conforme escólio de Bruno Cunha Weyne,

> Por exemplo, conquanto a religião islâmica concorde com o cristianismo no que tange ao reconhecimento de uma dignidade humana atribuída por Deus, as suas posições sobre a dignidade da mulher e o uso da burca são antagônicas. Ainda hoje, tal uso é preconizado pela doutrina islâmica como necessário para a preservação da modéstia, da honra e da dignidade da mulher; a justificativa está exatamente neste trecho: `Ó Profeta, dize a tuas esposas, tuas filhas e às mulheres dos fiéis que (quando saírem) se cubram com as suas mantas; isso é mais conveniente, para que se distingam das demais e não sejam molestadas (...)´. (Alcorão 33:59). Já na perspectiva da Igreja Católica, o uso desse traje não tem nenhuma relação com a dignidade da mulher, a despeito das prescrições de São Paulo, em Cor 11, 2-16, que já não têm hoje valor normativo, sendo apenas fruto da sua época[19].

3.2 A visão ontológica e suas críticas

A concepção ontológica da dignidade parte da ideia de que se trata de um atributo inerente à condição ou natureza humana. Além da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a doutrina amplamente majoritária recepciona esta visão metafísica (clássica). No Brasil, Ingo W. Sarlet defende a dimensão ontológica da dignidade, ao conceituar tal princípio como a "qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade"[20].

De igual modo, Alexandre de Moraes esclarece que

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo

[19] Idem Ibidem, p. 180/181.

[20] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 43.

> invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos Direitos Fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparece como consequência imediata da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil[21]

A concepção ontológica, ao dispor que a dignidade é inerente à condição humana como tal, parte da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao indivíduo, o que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino (Pico dela Mirandola). Em resumo, diz Rizzato Nunes que o "ser humano é digno porque é (...). É-lhe inata. Inerente à sua essência (...) O ser é. Ser é ser, basta a formulação: sou".[22]

Como pode se observar das definições acima, a concepção ontológica remete o leitor à metafísica clássica aristotélica. Em outras palavras, a dignidade pode ser encontrada na própria substância ou essência do objeto do conhecimento (ser humano).

Contudo, esta metafísica clássica contém restrições de ordem filosófica, já que o objeto não é dado de forma absoluta ao sujeito para fins de conhecimento. O que o sujeito conhece é apenas o que pode apreender das coisas, ou seja, o fenômeno. A coisa não existe por si só, mas através da intermediação da subjetividade, como objeto da intuição sensível (Kant). Indo além, o conhecimento é, para outros, apenas aquilo que pode ser compreendido a partir da linguagem (Gadamer). Logo, de uma forma ou de outra, não é possível conhecer a essência do objeto estudado (ser humano). E não conhecendo a sua essência, não se pode saber se ela é digna.

3.3 A visão kantiana

---

[21] MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. P. 60-61

[22] NUNES, Luiz A. Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

Conquanto a concepção kantiana de dignidade seja confundida, por muitos autores, com a visão ontológica, convém, nesse estudo, separá-los, tendo em vista a quebra de paradigma introduzida pelo filósofo alemão, que inaugura a filosofia da consciência, em clara contraposição à metafísica ontológica de Aristóteles.

A dignidade, a partir da ideia de autonomia soberana da vontade, transforma o homem em um fim em si mesmo, e não em meio para a obtenção de fins alheios. Com a autonomia da vontade e, por conseguinte, com a dignidade, o ser humano é elevado a árbitro do seu próprio destino, "capitão da sua própria alma", buscando sua felicidade sem interferências injustificadas de terceiros. Todos são livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direito (e não como simples objetos de direito).

O princípio da dignidade da pessoa humana, na lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha, existe

> (...) para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado. (...) O Estado somente é democrático, em sua concepção, constitucionalização e atuação, quando respeita o princípio da dignidade da pessoa humana. [23]

Decorrente da dignidade humana, o direito à busca da própria felicidade já foi conceitualmente desenvolvido pelo Ministro Celso de Mello, que, nos autos da ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, já teve oportunidade de asseverar:

> Reconheço que o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido, quando o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais – representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.
> (....)

---

[23] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social.* Interesse Público, ano 1, n.º 4, p. 23/48, out/dez. 1999

> `Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta inspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica´.
> (...)
> Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.
> (...)

4 A ÉTICA DA ALTERIDADE SEGUNDO EMMANUEL LÉVINAS E PAUL RICOEUR. O ROSTO DO OUTRO COMO ELEMENTO ÉTICO FUNDAMENTAL

Não se desconhece o mérito da ética kantiana em (re)afirmar a dignidade da pessoa humana, a partir da sua autonomia da vontade, contra opressões ilegítimas de terceiros (particulares ou Estado).

Contudo, a tarefa filosófica de Kant, embora escorreita, restou incompleta. Além do "eu" como um fim em si mesmo, deve o intérprete jurídico ater-se ao "outro" como fim em si mesmo, valorizando suas diferenças e peculiaridades. Ao trazer à tona o "rosto do outro", propugna-se por uma interpretação da dignidade humana a partir da ética da alteridade (Lévinas e Ricoeur).

Em breves notas, convém mencionar que a ética da alteridade consiste em dar presença ao "outro" no argumento discursivo, até porque a ideia de justiça envolve necessariamente o *alter*, uma vez que ninguém é capaz de ser justo consigo mesmo (Ricoeur). Como alguém racional e discursivo, e conforme bem resumido por Salles Gentil, devo conferir presença aos meus antepassados, para com os quais tenho uma dívida; assim como devo conferir presença e relevância aos meus

descendentes, em relação aos quais repercutirão as consequências de meus atos e decisões[24].

Cabe ao “eu” respeitar o “outro”, o “diferente”, não como extensão de si mesmo, mas independentemente de quem seja ou no que acredita. Não seria o “eu”, mas o “outro” como fim em si mesmo. Estimular-se-ia, destarte, não o consenso, mas a possibilidade (democrática) do dissenso, reconhecendo o “outro” não como elemento igual ao “eu”, mas precisamente na sua diferença.

A ética da alteridade necessita de uma sensibilidade (e não racionalidade) como pré-abertura à experiência com o “rosto do outro”. É ele que interpela minha sensibilidade de modo *a priori.*

Enquanto a ética da discussão de Habermas parte da ideia de uma comunidade ideal de comunicação, a ética da alteridade de Lévinas pressupõe a proximidade com o “outro”, o reconhecimento do seu sofrimento e de sua ausência de voz na esfera da razão discursiva.

Com isso, o princípio da dignidade, segundo tal concepção altruísta, é uma rede de deveres e obrigações para o seu titular, justamente em face do “outro”. Surge uma responsabilidade independente da reciprocidade, onde as distâncias entre os envolvidos são suprimidas. Disse, certa vez, Emmanuel Lévinas:

> A relação intersubjetiva não é simétrica. Neste sentido, sou responsável por outrem sem esperar reciprocidade, ainda que isso me viesse a custar a vida. A reciprocidade é assunto dele. (...) sou responsável de uma responsabilidade total, que responde por todos os outros e por tudo o que é dos outros, mesmo pela sua responsabilidade. O eu tem sempre uma responsabilidade a mais do que todos os outros[25].

Apesar de não ser uma concepção teológica propriamente dita, o respeito à dignidade do “outro” é o que mais se aproxima do mandamento (cristão) de “amar o

---

[24] GENTIL, Hélio Salles. *Paul Ricoeur: A presença do outro.* Revista Mente, Cérebro e Filosofia. São Paulo: Duetto, 2008.

[25] LÉVINAS, Emmanuel. *Ética e infinito*. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 82.

próximo”. Conferindo presença (e direito) ao “outro”, confiro, a mim mesmo, deveres e obrigações, tudo com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

5 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A ÉTICA DA ALTERIDADE. “DIGNIDADE PARA-O-OUTRO” E CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL

Com as considerações feitas alhures, cabe ao intérprete tolher interpretações excessivamente egoístas e individualistas da dignidade humana. A dignidade, independente da identidade social, pode ensejar certa alienação do indivíduo, pois este é, antes de tudo, um ser gregário por excelência, ou seja, vive em comunidade (e não isoladamente), dividindo responsabilidades e benefícios com seus pares. E essa comunidade se mantém por diversas razões: parentesco, vínculo de sangue, consciência de solidariedade etc.

Luís Roberto Cardoso de Oliveira, citado por Julia Maurmann Ximenes, conclui que há necessidade de se

> discutir a dimensão substantiva da solidariedade, indissociável da esfera do vivido ou das representações culturais que lhe dão sentido, e constitutiva da identidade de qualquer pessoa ou cidadão. Ademais, é preciso reconhecer a dignidade do cidadão enquanto membro de uma comunidade, onde a identidade dos cidadãos tenha um mínimo de substância que lhes garanta um tratamento que não seja estritamente formal e coisificador.[26]

Assim, a dignidade humana não representa apenas a autonomia individual contra eventuais arbitrariedades (estatais ou particulares), mas também a autodeterminação de uma comunidade com valores em comum.

Nessa linha, como lembrado por Julia Maurmann Ximenes,

---

[26] XIMENES, Julia Maurmann. *O Supremo Tribunal Federal e a Cidadania à Luz da Influência Comunitarista*. Revista Direito GV. Jan/Jun 2010. São Paulo. 6 (1), p. 119/142.

> o próprio significado de Constituição reflete um projeto comum, um sentimento compartilhado, uma identidade e uma história comuns de determinada sociedade. Os direitos fundamentais compreendidos como liberdades positivas demandam, em essência, uma cidadania ativa, participativa no processo de deliberação pública.[27]

Em suma, sendo um ser social, o ser humano, para atingir a felicidade, deve procurar não apenas o seu próprio bem, mas também a do grupo social a que pertence. Em verdade, o homem não é um indivíduo em si, isto é, ninguém possui uma personalidade autônoma, mas uma personalidade proveniente de experiências familiares, coletivas etc. Nem mesmo o nome pelo qual o indivíduo é identificado (símbolo máximo de individualização) tem plena autonomia, sendo composto pelos sobrenomes dos seus pais.

Sobre a falsa ideia de uma absoluta autonomia individual, o sociólogo Gláucio Ary Dillon Soares afirma, numa adequada síntese, que

> (...) desde cedo, sem que tenhamos consciência disso, somos colocados em trilhos invisíveis que podem durar a vida inteira. Uns estão condenados a uma vida difícil e outros a uma confortável. O que somos e o que não podemos ser já foi decidido, mas não por nós. Herdamos muitos limites e oportunidades. Temos alguma escolha, mas não podemos escolher qualquer caminho. Escolhemos dentro de limites que não escolhemos (...).[28]

Para dirimir eventuais dúvidas sobre a natureza social e comunitária do ser humano, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949), em sua parte introdutória, afirma que a Constituição é um ordenamento de valores na defesa da dignidade humana, sendo sua concepção de homem, contudo, não a do indivíduo autocrático, mas a da personalidade integrada na comunidade e a esta vinculada de múltiplas formas.

Entre outros exemplos concretos de aplicação da "dignidade-para-o-outro", é possível citar o art. 225 da Constituição, que dispõe sobre o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como impõe ao Poder Público e à

---

[27] Idem Ibidem.
[28] SOARES, Gláucio Ary D. *Os trilhos da vida*. Correio Braziliense. Caderno Opinião. dez./2012. p. 23.

coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Ao proteger as futuras gerações, o texto constitucional nos mostra o "rosto do outro", a fundamentar uma ética da alteridade que respeita o "distante", o "remoto", independentemente de quem seja.

Respeitando o "rosto do outro" - não como extensão de si mesmo, mas independentemente de quem seja -, estar-se-á concretizando o ideal de igualdade material entre os indivíduos. Nunca assaz lembrar que a igualdade formal tratava o indivíduo de forma abstrata e genérica, ignorando a realidade concreta de eventual opressão e injustiça para com os menos favorecidos. Com o advento do Estado Social, busca-se uma maior igualdade material ou substancial entre os cidadãos, a fim de garantir condições mínimas de vida digna para todos. O foco passa do homem abstrato para o concreto, de carne e osso, que possui necessidades materiais que precisam ser atendidas. Assim, a igualdade (material) deve se moldar no respeito à diferença e à diversidade. A afirmação das diferenças culturais é medida que se impõe, pois a igualdade reside em proteger, quando necessário, o direito à diferença. Em outras palavras, o direito de cada pessoa de ser tratado com igualdade exige uma postura de respeito e consideração à sua identidade cultural, ainda que eventualmente distante dos padrões da sociedade em que vive. O respeito e o estímulo das culturas dos grupos minoritários concretiza o ideal de igualdade substancial entre os indivíduos, que, por sua vez, só é possível a partir de uma premissa de "dignidade-para-o-outro".

6 CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana deve ser aplicada pelo intérprete, preliminarmente, num nível subsidiário em relação aos demais direitos fundamentais, sendo a *ultima ratio* do poder argumentativo. Quando os direitos fundamentais em espécie não são capazes de dirimir conflitos entre normas, o intérprete pode fazer o uso persuasivo do princípio da dignidade, tornando evidente que a situação em apreço se trata de verdadeiro *hard case*.

Além desta visão preliminar, o intérprete há de reconhecer a existência de deveres e obrigações decorrentes do próprio princípio da dignidade humana. Cuida-se de uma visão altruísta da dignidade; uma "dignidade para-o-outro". Em outras palavras, a dignidade tem como base a referência ao "outro", não igualizado ou extensível ao "eu", mas valorizado na sua própria diferença. O enunciado jurídico da dignidade deve ser acompanhado de certas palavras fundamentais: "outro", "diferente" etc.

Assim, há de se ter em mente que só me compreendo como sujeito de direito quando possuo, inversamente, um saber sobre quais obrigações tenho que observar em face do respectivo outro. Em síntese, propugna-se pela efetivação jurídica da igualdade material, cujo pressuposto é a estima e afirmação das diferenças culturais. O respeito e consideração à identidade cultural de determinado grupo minoritário é fundamental para se obter a igualdade substancial entre os indivíduos, que, por seu turno, somente se torna possível a partir de uma premissa maior de "dignidade-para-o-outro".

Portanto, somente com a dignidade humana compreendida a partir de uma ética da alteridade é que podemos dar concretude à igualdade material, valor tão fundamental para uma sociedade quanto é a liberdade para o indivíduo.

7

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

GENTIL, Hélio Salles. *Paul Ricoeur: A presença do outro.* Revista Mente, Cérebro e Filosofia. São Paulo: Duetto, 2008.

HAYEK, Friedrich A. *Direito, Legislação e Liberdade: Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Vol. II. São Paulo: Visão, 1985.

LÉVINAS, Emmanuel. *Ética e infinito*. Lisboa: Edições 70, 2007.

MARITAIN, Jacques. *O homem e o Estado*. Trad. Alceu Amoroso Lima. 4ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1966.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 6, vol. 2, jul./dez. 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUNES, Luiz A. Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social.* Interesse Público, ano 1, n.º 4, p. 23/48, out/dez. 1999

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

____________________________. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org). *A Constitucionalização do Direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOARES, Gláucio Ary D. *Os trilhos da vida*. Correio Braziliense. Caderno Opinião. dez./2012.

WEYNE, Bruno Cunha. *O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant*. São Paulo: Saraiva, 2013.

XIMENES, Julia Maurmann. *O Supremo Tribunal Federal e a Cidadania à Luz da Influência Comunitarista*. São Paulo: Revista Direito GV. Jan/Jun 2010.

OS DESAFIOS NA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A CONTRIBUIÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS PARA A SUA SUPERAÇÃO

Odilon Cavallari de Oliveira[29]

DOI 10.11117/9788565604499.03

Resumo:

O presente artigo trata dos desafios na concretização do princípio da igualdade, considerando que a Constituição Federal dispensou elevada atenção a esse princípio, mas que, para a sua efetivação, requer providências tanto legislativas quanto administrativas, a fim de permitir que o cidadão seja dele beneficiário de fato. Nesse sentido, este artigo analisa as soluções propostas por diversas teorias e a contribuição que os Tribunais de Contas podem oferecer nesse desiderato.

Palavras-chave: Princípio da igualdade. Concretização. Desafios. Tribunais de Contas.

Abstract: This article discusses the challenges in implementing the principle of equality, whereas the Federal Constitution dispensed high attention to this principle, but for its effectiveness requires both legislative as administrative measures in order to enable the citizen to be his beneficiary indeed. Accordingly, this article examines the solutions proposed by various theories and the contribution that the courts of accounts can offer this desideratum.

Keywords: Principle of equality. Achievement. Challenges. Courts of Accounts.

1. Introdução

O princípio da igualdade foi objeto de significativa atenção pelo Constituinte de 1988, porquanto há diversos comandos constitucionais que determinam a aplicação do referido princípio nas mais variadas situações, o que demonstra, ao

---

[29] Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União. Advogado.

menos no campo normativo, a dignidade conferida constitucionalmente à ideia de igualdade.

No entanto, a concretização do princípio da igualdade em cada caso requer a tomada de decisões, tanto na elaboração da disciplina normativa infraconstitucional, quanto na adoção de medidas práticas que permitem ao cidadão perceber e reconhecer a aplicação desse princípio na sua esfera jurídica.

Nessa empreitada há vários desafios a serem superados. É disso que se tratará no presente artigo.

2. Os diferentes critérios de justiça na compreensão do princípio da igualdade

A compreensão e aplicação do princípio da igualdade variam e produzem resultados distintos de acordo com a concepção de justiça que se adotar. Sobre o assunto Perelman cita algumas dessas concepções.

Primeira: a cada qual a mesma coisa. Para essa concepção de justiça, todos devem ser tratados de igual maneira, independentemente das particularidades que os distinguem, ou seja, nenhuma diferença de tratamento será feita pelo fato de se estar diante de um idoso ou jovem, rico ou pobre, doente ou saudável virtuoso ou criminoso, branco ou negro, culpado ou inocente.[30]

Segunda: a cada qual segundo seus méritos. A concepção de justiça, neste caso, é pautada por um tratamento proporcional à qualidade intrínseca da pessoa humana, ao seu mérito, o que implica reconhecer a possibilidade de tratamento desigual entre os seres humanos. O desafio, no entanto, passa a ser a identificação da exata medida para aferir os méritos ou deméritos dos seres humanos, os critérios a serem adotados para tal finalidade, se o resultado da ação, a intenção, o sacrifício suportado para a prática da ação ou ainda outro critério de conteúdo moral.[31]

---

[30] PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 9.
[31] PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. p. 9-10.

Terceira: a cada qual segundo suas obras. O tratamento proporcional é característica também dessa concepção de justiça. No entanto, contrariamente à hipótese anterior, relativa aos méritos, neste caso, o critério não é moral, tendo em vista que não considera nem a intenção nem os sacrifícios suportados para a prática da ação, mas sim o resultado da ação.[32]

Quarta: a cada qual segundo suas necessidades. Busca-se nessa concepção de justiça reduzir o sofrimento daqueles que têm dificuldades para satisfazer as suas necessidades essenciais. A definição do que deve ser considerado como necessidade essencial segue um critério formal e não um critério ocasional, sob pena de esvaziar a própria definição que ficaria sujeita às eleições pessoais acerca do que considera essencial. Desse modo, são necessidades essenciais, entre outras, os cuidados com a saúde, a atenção à educação, o salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, e o seguro-desemprego.[33]

Quinta: a cada qual segundo sua posição. Trata-se de concepção aristocrática da justiça, pois varia conforme a categoria social ou profissional a que pertença o ser humano. Por esse motivo, essa concepção de justiça diferencia-se das demais por não ser universalista, mas, ao contrário, tratar os homens de acordo com a sua posição. A história registra diversos casos nesse sentido, nos quais havia tratamento diferenciado para indígenas ou estrangeiros, homens livres ou escravos, nobres, burgueses ou clérigos, brancos ou negros, e oficiais ou soldados.[34]

Sexta: a cada qual segundo o que a lei lhe atribui. Aplica-se a essa concepção de justiça a paráfrase *suum cuique*, ou seja, de se dar a cada um o que é seu, mas, no caso, o critério para se saber o que é de cada um é a lei. Nesta hipótese o juiz se limita a aplicar a lei, de modo a dar a cada um o que a lei estabelecer como seu. Deixa o magistrado, nessas circunstâncias, de proceder a qualquer avaliação acerca da justiça do direito posto. Na prática, significa dizer que a concepção de justiça, nesta vertente, varia de acordo com o tempo e o espaço,

---

[32] PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. p. 10.
[33] PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. p. 10-11.
[34] PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. p. 11-12.

pois cada ordenamento jurídico dirá, a seu modo, o que é justo ou injusto, e ao juiz restará aplicar a direito positivo.[35]

3. A incorporação de diversos critérios de justiça pela Constituição Federal de 1988

É de se notar que os diversos critérios de justiça não impõem a qualquer ordenamento jurídico uma escolha mutuamente excludente, o que significa afirmar a plena possibilidade de um mesmo ordenamento jurídico contemplar mais de um critério de justiça para hipóteses distintas. Essa circunstância fica evidente na Constituição Federal de 1988.

Quando o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal dispõe que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante revela a primeira concepção de justiça anteriormente referida, pois independentemente de qualquer característica do ser humano, se jovem ou idoso, rico ou pobre, doente ou saudável virtuoso ou criminoso, branco ou negro, culpado ou inocente, o aludido comando constitucional deve ser igualmente aplicado.[36]

Na mesma linha, o §7º do art. 39 da Constituição Federal, ao prever que lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade, revela, neste caso, a aplicação da terceira concepção de justiça antes referida, porquanto incentiva pagamento de adicional ou prêmio de produtividade, ou seja, toma por critério de justiça o dar a cada um segundo as suas obras.[37]

---

[35] PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. p. 12.
[36] CF, art. 5º (...)
III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
[37] CF, art. 39 (...)
§ 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

São ainda exemplo da quarta concepção de justiça antes mencionada, no sentido de dar a cada um segundo as suas necessidades, o art. 5º, inciso LXXIV, ao estabelecer que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, e o art. 7º, ao dispor que é direito do trabalhador, no inciso II, o seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário, e no inciso XII, o salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei.[38]

A aposentadoria especial do professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, prevista no §5º do art. 40, da Constituição Federal, assim como o estabelecimento do Supremo Tribunal Federal como foro privilegiado para Deputados e Senadores, nos termos do §1º do art. 53 do Texto Constitucional, são exemplos da quinta concepção de justiça, que dá a cada um segundo a sua posição social ou profissional.[39]

Por outro lado, a Constituição Federal é pródiga em comandos normativos cuja efetivação depende de políticas públicas eficientes e justas. Somente o art. 3º já seria substancialmente desafiador ao estabelecer o seguinte:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

---

[38] CF, art. 5º (...)
LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;
Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

[39] CF, art. 40 (...)
§ 5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.
CF, art. 53 (...)
§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Além disso, outros tantos dispositivos estabelecem, normativamente, o dever de igualdade, muito embora os meios para a sua concretização fiquem na dependência de normas posteriores a serem editadas pelo legislador ordinário e também de políticas públicas a serem implementadas no âmbito da gestão pública. Nessa linha, é possível citar os seguintes comandos constitucionais:

> Preâmbulo da Constituição Federal:
> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.
> Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.
> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
> I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

> § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A questão que se apresenta é a de definir estratégicas que permitam trazer para o mundo dos fatos esses comandos constitucionais, de modo a que o cidadão perceba os seus efeitos na sua esfera jurídica, a partir do incremento da efetivação dos seus direitos fundamentais. No entanto, a definição dessas estratégias compete tanto ao Poder Legislativo quanto, posteriormente, ao Poder Executivo, na formulação e execução de políticas públicas. Essa definição, porém, sofre os influxos das visões de mundo e, por consequência, dos critérios de justiça encampados pelos atores que participam dessas esferas de poder. Encontrar soluções constitucionalmente adequadas e conformes a critérios de justiça transparentes é desafio que tem ensejado a formulação de diversas teorias na tentativa de encontrar respostas consistentes e que, até hoje, tem sido objeto de estudo.

4. Os desafios para a aplicação dos critérios de justiça na formulação de políticas públicas que promovam a efetivação do princípio da igualdade

Lassale já havia manifestado a sua preocupação no tocante à elaboração da norma jurídica de um modo geral e da Constituição, particularmente, ao defender a existência de fatores reais do Poder que exercem forte influência na formação da Constituição e das leis, sendo mesmo parte delas, de modo que uma norma contrária a esses fatores provocaria contundente reação por parte deles. Esses fatores reais do Poder seriam a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros e, com menor influência, a consciência coletiva ou social e a cultura coletiva ou geral e ainda a pequena burguesia e a classe operária. Por essa razão, para Lassale a Constituição seria apenas uma folha de papel a retratar a resultante entre a força dos diversos fatores reais de Poder.[40]

No entanto, na Constituição os fatores de poder não se revelam de forma tão cristalina, de modo que os grupos mais fortes economicamente beneficiam-se de

---

[40] LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 3-17.

certas normas jurídicas sem que isso fique tão explícito. Exemplo claro Lassalle apresenta ao se referir ao sistema eleitoral das três classes que vigorou na Prússia de 1849 até 1918, em que os eleitores foram divididos em três classes de acordo com os impostos por eles pagos, o que, na realidade, refletia a posse desses grupos. Por essa regra, resultou que cada membro do grupo dos mais fortes economicamente tinha o mesmo poder eleitoral de 17 membros do grupo mais fraco. Portanto, a Constituição poderia ter dito isso, ou seja, que cada membro do grupo mais forte teria um poder eleitoral equivalente ao de 17 membros do grupo mais fraco. No entanto, em vez disso, criou-se uma lei que apenas dividia o eleitorado em três classes, deixando essa discriminação de forma subliminar.[41]

Hesse, no contraponto a Lassale, defende a força normativa da Constituição, pois não se pode confundir a pretensão de eficácia de uma norma constitucional com as condições de sua realização. A constituição jurídica é, ao mesmo tempo, determinada pela realidade social e determinante em relação a ela. A Constituição não é expressão apenas de um ser, mas também de um dever ser. Não se limita a Constituição a ser apenas o resultado das forças sociais e políticas. Ao contrário, em face da sua pretensão de eficácia, a constituição busca implementar ordem e conformação à realidade política e social.[42]

Ainda que se reconheça a procedência dos argumentos de Hesse, permanece o desafio relativo à determinação de mecanismos que promovam soluções justas no que concerne à formulação do conteúdo das normas constitucionais e legais, especialmente no tocante a políticas públicas que concretizem o princípio da igualdade. Nesse desiderato, poderia se recorrer a Kant e a sua ideia de imperativo categórico como lei moral e norma de conduta, com o seguinte teor: “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”.[43]

Kelsen, porém, critica a ideia do imperativo categórico por entender que ele somente é útil quando se admite uma lei moral pressuposta, como, por exemplo, a

---

[41] LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. p. 18-20.
[42] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991, p. 15.
[43] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 59.

de que quem toma dinheiro emprestado deve restituí-lo ou a de que quem faz uma promessa deve cumpri-la. Caso, no entanto, não se admita a pressuposição de uma lei moral, nada impede que um homem mau queira transformar em lei universal a máxima de que ninguém deve cumprir as promessas que faz.[44]

A fórmula do *suum cuique* também não seria a mais indicada como parâmetro para a formulação de políticas públicas, pois, conforme observa Kelsen, "como aquilo que é devido a cada um é aquilo que lhe deve ser dado, a fórmula do *suum cuique* conduz à tautologia de que a cada qual deve ser dado aquilo que lhe deve ser dado".[45]

De igual modo, a regra de ouro, segundo a qual "não faças aos outros o que não queres que te façam a ti", não ofereceria uma solução segura, pois, a exemplo do que ocorre com a fórmula do *suum cuique*, a regra de ouro, segundo Kelsen, harmoniza-se com qualquer ordem social e com qualquer ordem jurídica positiva, seja ela boa ou má. Isso porque a regra de ouro, reescrita positivamente, traduziria o seguinte princípio de justiça: "devemos tratar os outros tal como gostaríamos de ser tratados". Desse modo, seria possível, por exemplo, admitir como justa uma ordem jurídica na qual ficasse excluída toda e qualquer punição a um malfeitor, tendo em vista que nenhum malfeitor gosta de ser punido.[46]

5. Soluções propostas por algumas teorias

Uma solução para a questão relativa à formulação de políticas públicas talvez pudesse ser encontrada na teoria da justiça de Rawls, reconhecidamente uma das mais estudadas sobre o assunto, dada a sua dimensão e profundidade.

Para Rawls, uma sociedade democrática é um sistema de cooperação social. Essa ideia de cooperação social tem três aspectos essenciais. Primeiro: a cooperação social guia-se por regras e procedimentos publicamente reconhecidos, que aqueles que cooperam aceitam como apropriados para reger sua conduta. Segundo: a ideia de cooperação contém a ideia de termos equitativos de

[44] KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 21-28.
[45] KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. p. 18.
[46] KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. p. 19-21.

cooperação, que inclui a ideia de reciprocidade ou mutualidade, no sentido de que todo aquele que cumpre a sua parte se beneficia da cooperação alheia. Terceiro: a ideia de cooperação também contém a ideia da vantagem ou bem racional de cada participante, ou seja, a ideia de vantagem racional especifica o que os que cooperam procuram promover do ponto de vista de seu próprio bem.[47]

Nesse sentido Rawls elabora a seguinte pergunta: considerando a ideia organizadora de sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais, como determinar os termos equitativos de cooperação? Seriam eles ditados por algum poder distinto do das pessoas que cooperam entre si, como, por exemplo, uma lei divina? Ou seriam ditados por uma ordem moral de valores? Ou por intuição racional ou por lei natural? Ou, por fim, eles são estabelecidos por acordo entre as pessoas que cooperam, à luz do que eles consideram vantagens recíprocas? Rawls entende que a última hipótese é a correta.[48]

Mas esse acordo tem de respeitar certas condições, para ser válido sob o ponto de vista da justiça política, a fim de evitar que algumas pessoas tenham posições de negociação mais vantajosas do que outras assim como evitar o uso da força, da fraude e de outros meios ilegítimos. E é exatamente sob esse fundamento que Rawls lança a ideia de posição original, como um experimento mental, um processo de representação que, por sua vez, contempla a ideia de "véu de ignorância", a fim de não permitir que as partes conheçam as posições sociais ou doutrinas específicas das pessoas que representam. Nessa seara, o véu de ignorância busca superar uma dificuldade relativa ao acordo justo, pois tenta eliminar as posições vantajosas de negociação que, naturalmente, surgem com o tempo.[49]

No que diz respeito à ideia de cidadãos como pessoas livres e iguais, Rawls entende que os cidadãos, por um lado, "são vistos como iguais na medida em que se considera que todos têm, num grau mínimo essencial, as faculdades morais necessárias para envolver-se na cooperação social a vida toda e participar da

---

[47] RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 8-9.
[48] RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. p. 20.
[49] RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. p. 21-22.

sociedade como cidadãos iguais". Por outro lado, os cidadãos são vistos como pessoas livres em dois sentidos. Primeiro: na medida em que consideram a si mesmos e aos demais como detentores da faculdade moral de ter uma concepção do bem; e Segundo: quando estão na condição de fontes de reivindicações legítimas que se autenticam por si mesmas. Exemplo disso seria o caso de um escravo que por não ser livre não é fonte de reivindicação, ou seja, não tem condições de reivindicar nada.[50]

No entanto, Rawls reconhece que mesmo em uma sociedade bem-ordenada os cidadãos, ainda que concordem com a mesma concepção política de justiça, não o fazem sempre pelas mesmas razões. Ao contrário, o autor reconhece o que denominou de pluralismo razoável, segundo o qual os cidadãos têm opiniões conflitantes relativamente às questões religiosas, filosóficas e morais, mas essa circunstância não os impede de compartilhar a mesma concepção política de justiça, que serve de ponto de partida para a busca de soluções concernentes aos elementos constitucionais essenciais.[51]

Para tanto, Rawls vislumbra no consenso sobreposto o caminho para essas soluções. Nas suas palavras:

> O fato do pluralismo razoável implica que não existe doutrina, total ou parcialmente abrangente, com a qual todos os cidadãos concordem ou possam concordar para decidir as questões fundamentais de justiça política. Pelo contrário, dizemos que numa sociedade bem-ordenada, a concepção política é afirmada por aquilo que denominamos um consenso sobreposto razoável.[52]

Rawls apresenta para tanto os dois princípios da justiça sobre os quais ele acredita que haveria um consenso na posição original, que são os seguintes:[53]

1) Princípio da igualdade equitativa: "cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos;"

2) Princípio da diferença: "as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e

---

[50] RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. p. 26-34.
[51] RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. p. 44-45.
[52] RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. p. 45.
[53] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 64;

posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade”.[54]

Em trabalho doutrinário posterior, Rawls pergunta como é possível, dado o fato do pluralismo razoável, um entendimento público acerca do que se deve considerar como benéfico em questões de justiça política? Responde no sentido de que entende ser possível conceber um esquema de liberdades fundamentais iguais e de oportunidades equitativas, a fim de garantir aos cidadãos o desenvolvimento de suas faculdades morais e a realização de suas concepções do bem.[55]

Ressalva, no entanto, que a justiça como equidade rejeita a ideia de comparar e de maximizar o bem–estar total em questões de justiça política. Em vez disso, diz que, dada a concepção política dos cidadãos, os bens primários especificam quais são suas necessidades quando questões de justiça se apresentam. Ou, de maneira alternativa, diz também que a especificação dessas necessidades é um construto que se faz a partir do interior de uma concepção política e não de dentro de uma doutrina abrangente.[56]

Desse modo, a interpretação dos bens primários inclui o que o autor denomina de uma divisão social da responsabilidade. Isso significa que a sociedade aceita a responsabilidade de preservar as liberdades fundamentais iguais e a igualdade equitativa de oportunidades e de propiciar uma parcela equitativa de bens primários a todos que fazem parte dessa estrutura institucional, ao passo que os cidadãos aceitam a responsabilidade de rever as suas aspirações, levando em consideração sua situação presente e sua situação futura previsível. Conclui o autor que essa divisão da responsabilidade baseia-se na capacidade das pessoas de assumir a responsabilidade por seus fins e de moderar, de acordo com isso, as exigências que fazem a suas instituições sociais.[57]

Como é possível depreender, a teoria de Rawls contempla tanto aspectos procedimentais quanto substanciais, mas, em ambos os casos, há significativas

---

[54] RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. p. 60.
[55] RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 220.
[56] RAWLS, John. *O liberalismo político*. p. 221-222.
[57] RAWLS, John. *O liberalismo político*. p. 223.

dificuldades em se colocar em prática algumas das propostas de Rawls, como, por exemplo, a própria ideia da posição original e do véu da ignorância. Também por essa razão, naturalmente outras teorias têm sido elaboradas na tentativa de se formular critérios de justiça consistentes que permitam maior concretização do princípio da igualdade.

O tema foi objeto de aprofundado estudo por Dworkin, que fez a seguinte afirmação:

> Um governo só é legítimo se subscrever dois princípios dominantes. Em primeiro lugar, deve mostrar igual preocupação com a sorte de todas as pessoas sobre quem reivindica domínio. Em segundo, deve respeitar totalmente a responsabilidade e o direito de cada pessoa a decidir por si própria sobre como fazer da sua vida algo de valioso. Estes princípios orientadores estabelecem limites em torno das teorias aceitáveis da justiça distributiva – as teorias que estipulam os recursos e as oportunidades que um governo deve atribuir às pessoas que governa. Coloco a questão assim, em termos daquilo que os governos devem fazer, porque qualquer distribuição é uma consequência do direito e da política oficial: não há distribuição politicamente neutra. Sendo dada qualquer combinação de qualidades pessoais de talento, personalidade e sorte, aquilo que uma pessoa terá em termos de recursos e oportunidades dependerá das leis existentes no lugar onde é governada. Deste modo, qualquer distribuição deve ser justificada mostrando aquilo que um governo fez a respeito destes dois princípios fundamentais da preocupação igual e do respeito total pela responsabilidade.[58]

Para Dworkin, "a consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania".[59] Entende o jurista, porém, que entre as duas teorias gerais da igualdade distributiva – a igualdade de bem-estar e a igualdade de recursos -, deve ser prestigiada a segunda. Isso porque a igualdade de bem-estar não assegura uma distribuição justa, entre outros motivos, porque há pessoas com gostos dispendiosos, razão pela qual demandariam mais recursos para atingirem o seu bem-estar, o que comprometeria a justa distribuição dos recursos.[60]

Por outro lado, Dworkin defende a igualdade de recursos, ao menos no ponto de partida, como, por exemplo, ocorreria no caso de um leilão hipotético, no qual

---

[58] DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina. 2012, p. 14.

[59] DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. IX.

[60] DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. p. 55-70.

todos teriam iguais oportunidades no início, mas admite que, posteriormente, haja uma desigualdade na distribuição da riqueza, desde que essa desigualdade decorra das próprias escolhas feitas por cada um, porque se decorrer de eventuais deficiências ou incapacidades inatas, entende o autor que deve ser adotada uma medida compensatória. Ou seja, quer Dworkin, por meio do respeito à igual consideração, garantir igualdade de recursos, mas, ao mesmo tempo, liberdade, no sentido de permitir às pessoas fazerem as suas escolhas. Alia, porém, a essas circunstâncias o dever de as pessoas serem responsáveis pelas suas escolhas e respectivas consequências.[61]

Honneth, a seu turno, assentado nas lições de Hegel e Mead, defende que o ser humano só chega a uma compreensão dele mesmo como sujeito de direitos quando tem conhecimento acerca das obrigações que deve observar em face do respectivo outro. Ou seja, somente pela perspectiva normativa de um "outro generalizado", que nos permite ver os demais membros da coletividade como portadores de direitos, nós conseguimos nos ver também como portadores de direito, na medida em que podemos acreditar no cumprimento social de algumas de nossas pretensões. É o reconhecimento recíproco.[62]

Honneth sustenta que para poder agir como uma pessoa moralmente imputável, o indivíduo precisa não apenas de proteção jurídica contra interferências em sua esfera de liberdade, mas também da possibilidade juridicamente assegurada de participação no processo público de formação da vontade. Desse modo, o princípio da igualdade no direito moderno ampliou o *status* de uma pessoa de direito não apenas no seu aspecto objetivo, ao ser dotado de novas atribuições, mas também no seu aspecto social, por ser transmitido a um número sempre crescente de membros da sociedade. Honneth observa que esses ganhos crescentes de reconhecimento têm repercussão na esfera econômica das pessoas.[63]

Fraser, no entanto, sustenta que a visão culturalista da teoria de Honneth, de luta por reconhecimento, não é suficiente para a promoção da justiça. Reconhece a autora que a injustiça cultural precisa ser combatida, mas entende que apenas essa

---

[61] DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. p. 79-104.
[62] HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução: Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 155.
[63] HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. p. 192-193.

providência não produziria o resultado justo desejado. É preciso, além da promoção da igualdade cultural, a adoção de medidas que implementem, de fato, a redistribuição da riqueza.[64]

Por fim, Höffe sustenta que, no processo político de tomada de decisão, na busca das soluções mais justas para a sociedade é preciso haver o que denomina de “processo comunicativo de avaliação” e também de decisão, no qual estariam presentes aspectos relativos aos fins, mas também aos meios. Para tanto, os participantes do debate deveriam ter a disposição de aprender sobre as questões tanto práticas quanto teóricas e de reconhecer ao final a melhor solução. Ou seja, defende Höffe o consenso.[65]

É de se reconhecer que a teoria de Höffe, nesse particular, aproxima-se da teoria da razão comunicativa de Habermas, pautada também na busca do consenso, por meio de um agir comunicativo.[66]

Mas, diante da complexidade do mundo atual, Höffe, ao defender o consenso, o faz advogando a necessidade de serem levadas em consideração as manifestações das áreas científicas. A ciência, no mínimo, forneceria elementos mais concretos para eliminar as opções que se revelassem, desde logo, inviáveis para o atingimento do fim visado. Restaria, no entanto, um espaço de solução no qual poderia a deliberação política transitar de modo mais consistente e estar respaldada, não em decisionismos, mas em informações mais seguras sobre a realidade, de modo a aumentar as possibilidades de realização concreta de justiça política.[67]

6. A contribuição dos Tribunais de Contas para a formulação de políticas públicas que promovam a concretização do princípio da igualdade

---

[64] FRASER, Nancy. *Social justice in the knowledge society: redistribution, recognition, and participation*. Beitrag zum Kongress “Gut zu Wissen”, Heinrich-Böll-Stiftung, 5/2001, p. 5.
[65] HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. Tradução: Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 428-437.
[66] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 17-26.
[67] HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. p. 428-437.

A formulação de políticas públicas é tarefa tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo. Em ambos os casos, participam desse processo diversas pessoas com múltiplas visões de mundo e variadas posições sociais, culturais e econômicas.

Considerada essa realidade, os tribunais de contas podem contribuir substancialmente para que os debates, seja na esfera política, seja na administrativa, estejam pautados em bases mais racionais, ao menos no tocante aos fundamentos invocados, cuja consistência poderá ser aferida com base nos trabalhos produzidos pelas Cortes de Contas, como resultado das funções de controle que exercem, por força do disposto nos artigos 70 e 71 da Constituição Federal, no tocante à realização da despesa e à renúncia de receita, no tocante à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade. Nessa perspectiva, os tribunais de contas, particularmente após a Constituição Federal de 1988, figuram como fortes instrumentos de proteção e de concretização dos direitos fundamentais.

A doutrina alemã, conforme lembra Ricardo Lobo Torres, foi quem primeiro atentou para o novo relacionamento entre os tribunais de contas e os direitos fundamentais, pela obra de Ernst Rudolf Huber que defendeu ser o controle de contas uma garantia institucional da Constituição. Posteriormente, outros juristas alemães atribuíram ao próprio tribunal de contas a característica de garantia institucional, em face do crescimento de sua importância na defesa dos direitos fundamentais e tendo em vista a sua posição diante dos poderes do Estado, ressaltando principalmente a independência de seus membros e a ausência de subordinação aos Poderes Legislativo e Executivo.[68]

No mesmo diapasão Carlos Ayres Britto tem sustentado que os tribunais de contas não são tribunais singelamente administrativos, pois seu regime jurídico é “centralmente constitucional”, o que lhes confere “dimensão antes de tudo política”, razão pela qual defende que os tribunais de contas “se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição;

---

[68] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Volume V: O Orçamento na Constituição.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 502.

administrativo, nos termos da lei". E conclui o autor que os tribunais de contas "se assumem como órgãos impeditivos do desgoverno e da desadministração".[69]

É de se notar que o processo de constitucionalização do direito teve forte impacto também na atuação dos tribunais de contas, porquanto, como anotado por Luís Roberto Barroso, a Constituição passou a exercer papel de extrema importância na interpretação da legislação infraconstitucional de todos os ramos do direito, no sentido de que as normas do ordenamento jurídico devem ser lidas sob a ótica da Constituição, razão pela qual sustenta que "toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional".[70]

Gustavo Binenbojm destaca que a constitucionalização do direito trouxe novos paradigmas para o direito administrativo, amoldados aos marcos constitucionais do Estado democrático de direito. Nessa linha sustenta que um dos novos paradigmas do direito administrativo é o fato de ser hoje a Constituição, e não mais a lei, o cerne da vinculação administrativa à juridicidade.[71]

Referido autor tece também as seguintes considerações acerca do novo enfoque a ser dispensado à discricionariedade:

> III) a *discricionariedade* deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um *resíduo de legitimidade*, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Com o incremento da incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de *graus de vinculação à juridicidade*.[72] [grifos do original]

Considerada, portanto, a presente quadra, a atuação dos Tribunais de Contas não mais se limita apenas ao controle de legalidade estrita. Muito além disso, os

---

[69] BRITTO, Carlos Ayres. Regime constitucional dos tribunais de contas. *In:* SOUZA, Alfredo José de *et. al. O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais.* 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 74

[70] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007, p. 226-227.

[71] BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 6.

[72] BINENBOJM, op. cit., p. 7.

Tribunais de Contas necessariamente têm de enfrentar os desafios decorrente da constitucionalização do direito, inclusive no que concerne à verificação do cumprimento, pelo Poder Público, das promessas constitucionais, da qual faz parte o princípio da igualdade.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União – TCU – tem realizado diversos trabalhos de fiscalização, a fim de avaliar não apenas a legalidade da atuação estatal mas também a legitimidade, a economicidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade dos programas governamentais, inclusive no que diz respeito ao princípio da igualdade. Não basta, para o Tribunal, constatar a execução do programa. É preciso averiguar o atingimento dos objetivos esperados, de modo a permitir que o cidadão, de fato, seja beneficiado pela ação estatal.

Exemplo disso é o Acórdão nº 816/2009 – TCU – Plenário, que tratou sobre Auditoria Operacional tendo por objeto as ações governamentais voltadas ao acesso e permanência da população economicamente mais vulnerável ao ensino superior, realizadas por intermédio do Programa Universidade para Todos –ProUni - e do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES. Na aludida auditoria o Tribunal identificou que o ProUni estava beneficiando diversas pessoas que não faziam parte do público-alvo, assim como, por outro lado, estava deixando de preencher o total de vagas ofertadas pelo programa. Por essas razões, o TCU expediu determinação ao Ministério da Educação, no sentido de exigir a adoção de providências corretivas para esses fatos.[73]

Também merece menção o Acórdão nº 2.170/2012 – TCU – Plenário que tratou de relatório de auditoria operacional realizada para avaliar condições de acesso das pessoas com deficiência, ou com mobilidade reduzida, aos edifícios dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal e aos serviços oferecidos **in loco** a essas pessoas, oportunidade na qual o TCU expediu diversas determinações a vários órgãos e entidades públicas, a fim de que, no prazo de 180 dias, adotassem as providências necessárias para sanar os problemas de acessibilidade constatados em suas unidades de atendimento, assim como para aumentar a cobertura de atendimento na língua brasileira de sinais – Libras.[74]

---

[73] BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 816/2009 – TCU – Plenário. DOU 27/04/2009.
[74] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.170/2012 – Plenário. DOU 20/08/2012.

Esses trabalhos do Tribunal de Contas da União produzem impactos na qualidade de vida do cidadão por variados meios, inclusive por intermédio de alterações legislativas, como, por exemplo, ocorreu com a Lei nº 12.732/2012, que fixou o prazo máximo de 60 dias, a contar do diagnóstico, para o início do tratamento de pacientes com câncer. Referida lei foi editada em decorrência de auditoria realizada pelo TCU, no ano de 2010, em relação à Política Nacional de Atenção Oncológica, cujas conclusões foram no sentido de que grande parte do insucesso no tratamento do câncer decorria da intempestividade de atuação da rede pública de atenção básica à saúde para dar início ao tratamento da doença, pois o prazo médio para o início do tratamento era de 113 dias após o diagnóstico.[75]

Desse modo, a participação de órgãos como os Tribunais de Contas no debate político tendente à formulação de políticas públicas minimiza a dificuldade de se alcançar a posição original de que fala Rawls. Ainda que não seja possível, na prática, o alcance da posição original e o uso do véu da ignorância, a posição, em princípio, equidistante dos tribunais de contas pode reduzir o grau de prevalência de posições privilegiadas.

É de se reconhecer, porém, que mesmo os trabalhos dos Tribunais de Contas, ainda que pautados por critérios técnicos, não estão imunes a tendências pessoais ou decorrentes de pré-compreensões. Consoante observado por Rosenfeld, a identidade do sujeito constitucional nunca poderá ser totalmente representativa de todos os que se encontram sob o seu âmbito ou igualmente aceitável por todos. No entanto, continua o autor:

> Assim, mesmo nas comunidades políticas constitucionais mais pluralistas e multiculturais, nem todas as culturas e religiões poderiam igualmente encontrar guarida e inserção. E isso porque, como já se, ressaltou na discussão acima acerca do pluralismo, é impossível se ascender a uma posição neutra equidistante de todas as diferenças que competem por inclusão no interior do sujeito constitucional.[76]

---

[75] BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer do relator, pela Comissão de Seguridade Social e Família, à emenda substitutiva global ao projeto que deu origem à Lei nº 12.732/2012*. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1376C432D5B1672A8AB80D2D5630F012.node1?codteor=999405&filename=Tramitacao-PL+3887/1997>. Acesso em: 29.jan.2013.

[76] ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003, p. 114.

Apesar dessa circunstância, a participação dos Tribunais de Contas, por meio dos trabalhos de fiscalização que realizam, facilitaria a avaliação da realidade e a produção do consenso sobreposto a que se referiu Rawls, assim como do processo comunicativo de avaliação sustentado por Höffe, como também da razão comunicativa de Habermas, pautada também na busca do consenso, por meio de um agir comunicativo. Na mesma linha, permitiria melhor análise quanto aos critérios de distribuição da riqueza, tanto sob a perspectiva de Honneth quanto de Fraser antes referidas, sem prejuízo da ideia da igual consideração de Dworkin.

8. Conclusão

A concretização do princípio da igualdade é um desafio a ser superado na efetivação de direitos fundamentais e na realização de políticas públicas. Entre a previsão normativa de exigência de respeito ao citado princípio e a adoção de medidas normativas infraconstitucionais e de medidas administrativas concretas para a efetivação desse princípio há inúmeras dificuldades cuja solução sofre influência das visões de mundo dos atores que participam dos debates.

A participação, porém, de órgãos técnicos nessas discussões, como, por exemplo, dos Tribunais de Contas, por meio dos trabalhos de fiscalização que realizam, é um instrumento que permite minimizar as avaliações subjetivas de cada participante do debate e serve de subsídio importante para a tomada de decisões com base em informações consistentes relativas à realidade que se pretende alterar em nome do princípio da igualdade.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Novo Tribunal de Contas: Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_________. *Justiça para ouriços*. Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina. 2012.

FRASER, Nancy. *Social justice in the knowledge society: redistribution, recognition, and participation*. Beitrag zum Kongress “Gut zu Wissen”, Heinrich-Böll-Stiftung, 5/2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. Tradução: Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução: Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_________. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_________. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Volume V: O Orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE: ÂMBITO DE PROTEÇÃO E RECONHECIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL ATÍPICO

Rodrigo Pereira Moreira[77]

DOI 10.11117/9788565604499.04

Resumo: Observada a autodeterminação da pessoa ontologicamente considerada e a sua personalidade como os modos de ser protegidos pelos atributos da pessoa (direitos da personalidade), tem-se a necessidade de reconhecer um direito que permita a proteção dinâmica e evolutiva da pessoa humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Utilizando o método dedutivo, com especial referência à argumentação jurídica e, paralelamente, o método indutivo com a consideração da jurisprudência dos tribunais constitucionais, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a caracterização e o reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no sistema jurídico brasileiro. Assim, o âmbito de proteção do direito ao livre desenvolvimento está circunscrito à tutela de um direito geral da personalidade e de um direito geral de liberdade que juntos contribuem para a livre formação da individualidade humana, cujo reconhecimento como direito fundamental decorre do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Autodeterminação. Personalismo jurídico. Dignidade da Pessoa Humana.

Abstract: Observed self-determination of the person, ontologically considered, and his personality as modes of being protected by the attributes of the person (personality rights), there is the need to recognize a right which permits dynamic and evolving protection of the human person, the right to free development of personality. Utilizing the deductive method, with especial reference to legal argumentation and, in parallel, the inductive method with consideration of the jurisprudence of constitutional courts, this thesis aims to describe and analyze the characterization and recognition of the right to free development of personality in the legal system of Brazil. Thus, the scope of protection of the right to free development is circumscribed to the protection of the general right of personality and a general right of freedom which together contribute to the free formation of human individuality, whose recognition as a fundamental right derives from the principle of human dignity.

Keywords: Self-determination. Legal personalism. Human dignity.

1. INTRODUÇÃO

A vida é um contínuo escolher que se manifesta em cada decisão concreta da pessoa humana em seu cotidiano[78]. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade vem justamente ao encontro da tutela das escolhas existenciais em

[77] Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Bolsista CAPES.
[78] RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti.** Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 275.

relação à construção da personalidade de cada pessoa como ser único, irrepetível, dinâmico (projeto inacabado) e complexo.

Outrora, a personalidade correspondia a uma simples aptidão para ser sujeito de direitos e deveres. Hoje diz respeito a um valor e princípio que permeia o sistema jurídico com o objetivo de garantir a proteção da pessoa ontologicamente considerada, reconhecendo, para tanto, os chamados direitos da personalidade.

Outrora, o centro do Direito correspondia à proteção do patrimônio e o desenvolvimento da personalidade significava apenas uma livre expansão do *ter*. Hoje no centro do Direito está a pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade corresponde a uma livre expansão do *ser*.

José Ortega y Gasset, ao perguntar "o que é a nossa vida, minha vida?", explica que seria inocente responder a tal pergunta apenas com elementos biológicos, falando de células, sistema nervoso entre outros. Vida "é o que somos e o que fazemos"[79]. Se não somos livres para escolher o mundo em que viemos – pois não podemos eleger o mundo em que iremos nascer – por outro lado, a vida está sempre aberta a várias possibilidades a serem seguidas. Viver é se deparar como um horizonte ilimitado, como uma variedade de possibilidades em que a pessoa pode eleger e, assim, exercitar a sua liberdade. O homem faz parte de uma realidade na qual tem que escolher o seu próprio ser[80]. A vida não é algo pré-fixado como a trajetória de uma bala disparada por uma arma de fogo que é determinada pela pólvora e pela pontaria[81], viver é sempre decidir aquilo que vamos ser[82].

Stuart Mill, ao analisar os limites do poder que pode ser exercido pela sociedade sobre o indivíduo, reconhece a necessidade de uma proteção contra a prevalência da opinião e sentimentos da maioria tendentes a prevenir a formação de

---

[79] **¿Qué es filosofia?** 4ª ed. Madrid: Revista de Occidente, 1965, p. 228-229.
[80] **El hombre y la gente.** Madrid: Revista de Occidente, 1957, p. 65-67.
[81] **¿Qué es filosofia?** 4ª ed. Madrid: Revista de Occidente, 1965, p. 236.
[82] **¿Qué es filosofia?** 4ª ed. Madrid: Revista de Occidente, 1965, p. 240. Em relação ao livre desenvolvimento da personalidade Paulo Otero afirma: "Há na ideia de desenvolvimento da personalidade, paralelamente, a expressão da dinâmica evolutiva da individualidade do ser humano até o seu derradeiro momento de vida, podendo conformar ou modelar a sua própria existência: o livre desenvolvimento da personalidade traduz a ideia de Ortega y Gasset de que a vida é um possibilidade sempre aberta – 'viver é constantemente decidir o que vamos fazer' e a garantia do livre desenvolvimento da personalidade assegura a cada ser humano a possibilidade de, configurando ou moldando livremente a sua existência, escolher o seu próprio ser" (**Direito constitucional português:** vol. I – identidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2010, p. 42).

qualquer individualidade e personalidade que não estejam em harmonia com os ditames da maioria[83]. Para ele a liberdade pressupõe a possibilidade de moldar os planos de vida à personalidade de cada um[84]. O livre desenvolvimento da individualidade é condição essencial para o bem-estar, cabendo ao ser humano encontrar quais as experiências que se amoldam às suas próprias circunstâncias e personalidade[85].

Neste diapasão, as expressões “autonomia”, “liberdade”, “autodeterminação” e “livre opção”, apesar de não serem exatamente sinônimas, possuem sentidos que, de uma maneira ou de outra, convergem na explicação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade[86].

Extremamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade denota, em uma aproximação inicial, a possibilidade da pessoa realizar as escolhas referentes à construção do seu próprio projeto de vida, levando em consideração a sua percepção de vida boa. É a pessoa quem decide, livremente, sobre a configuração do(s) seu(s) modo(s) de ser (personalidade).

Na perspectiva analítica dos direitos fundamentais, um dos principais pontos a serem desenvolvidos é o seu âmbito de proteção. No caso do livre desenvolvimento da personalidade, a questão que gera discussão diz respeito a uma concepção ampla e outra restrita sobre tal direito.

2. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

---

[83] On liberty. In: MILL, John Stuart. **On liberty and other essays**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 9.
[84] On liberty. In: MILL, John Stuart. **On liberty and other essays**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 17.
[85] On liberty. In: MILL, John Stuart. **On liberty and other essays**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 63-65.
[86] CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado.** Madrid: Civitas, 2010, p. 21-22; FERRER, Anabella Del Moral. El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. **Cuestiones Jurídicas.** Vol. VI, n. 2, p. 63-96. Maracaibo (Venezuela), julio-diciembre, 2012, p. 68.

A primeira decisão de grande importância do Tribunal Constitucional Federal (TCF) a respeito do art. 2, § 1º da Lei Fundamental alemã[87] diz respeito ao caso Elfes. O político Wilhelm Elfes entrou com uma reclamação constitucional perante o TCF após ter tido a prorrogação da validade de seu passaporte negada, em razão da aplicação de um artigo da lei de passaportes que previa a possibilidade de denegação em face da segurança nacional ou interesse relevante da República alemã. Ao negar o pedido de Elfes, o TCF afirmou que a liberdade de entrar e sair do país não estava protegida pelo direito fundamental à livre circulação e que, portanto, a discussão deveria centrar no livre desenvolvimento da personalidade (aplicação subsidiária). Todavia, o pedido não poderia ser concedido, pois o dispositivo da lei de passaportes constituiria um limite legítimo ao direito geral de ação e ao direito geral da personalidade[88].

Nesta decisão alguns pontos centrais sobre o âmbito de proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade foram consolidados pelo TCF. O primeiro ponto foi a rejeição de uma concepção restrita do art. 2, § 1º da Lei Fundamental concernente à proteção apenas de um mínimo de liberdade de ação sem a qual a pessoa não poderia se desenvolver intelectual e moralmente. Assim, o TCF entendeu que o âmbito de proteção do livre desenvolvimento da personalidade engloba uma liberdade geral de ação (cada um pode fazer ou deixar de fazer o que quiser)[89].

O segundo ponto diz respeito à aplicação subsidiária da liberdade geral de ação em relação às liberdades específicas já previstas na Lei Fundamental. Neste sentido, somente nos casos em que direitos fundamentais específicos não possam ser aplicados é que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é chamado a agir[90].

Tal interpretação veio seguida de grande apoio da literatura especializada. Hans Carl Nipperdey demonstra seu entendimento afirmando que do

---

[87] "Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral".
[88] SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (organizadores). **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão.** Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 190.
[89] SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (organizadores). **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão.** Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 192.
[90] SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (organizadores). **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão.** Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 193.

livre desenvolvimento da personalidade podem ser derivados outros direitos fundamentais de liberdade, bem como protege todas as formas de apresentação imagináveis da liberdade (concepção ampla)[91].

Em outros casos como o *Scientology Church* (1998) e o de reconhecimento de paternidade (1997), o TCF utilizou do conceito de direito geral da personalidade para ampliar a proteção da pessoa humana em relação à sua imagem, honra, intimidade, vida privada e direito de conhecer a sua própria origem[92]. Em outro momento, ao tratar sobre a Lei do Censo, o Tribunal Constitucional Federal fez derivar do direito geral da personalidade o chamado "direito à autodeterminação informativa"[93]. Neste mesmo diapasão, Nipperdey defende que da conjugação da dignidade da pessoa humana com o livre desenvolvimento da personalidade é possível definir um direito geral da personalidade que se manifesta na proteção da imagem, da voz, da honra, da intimidade, da vida privada e outros direitos da personalidade que fogem à construção típica e casuística[94].

Apesar da consolidação da jurisprudência do TCF em relação à tutela da liberdade geral de ação derivada do art. 2º, § 1º da Lei Fundamental, certo é que existiram vozes contrárias a esta interpretação ampla em relação ao livre desenvolvimento da personalidade.

Neste caso a discordância mais incisiva vem do juiz Dieter Grimm em 1989, quando ele defendeu que o livre desenvolvimento da personalidade não abrangeria toda e qualquer tipo de ação, mas apenas aquelas que tivessem uma relação intrínseca com o próprio direito em questão, semelhante à proteção conferida pelos demais direitos fundamentais específicos. Assim, a proposta de Grimm é entender a proteção do livre desenvolvimento da personalidade apenas no

---

[91] Livre desenvolvimento da personalidade. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 77.
[92] SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (organizadores). **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão.** Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 198-214.
[93] SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (organizadores). **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão.** Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 235-238.
[94] Direitos fundamentais e direito privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 66-67.

sentido de uma tutela dos elementos constitutivos da personalidade que não forem protegidos pelas liberdades especiais. Conclui que apenas a vertente de proteção da personalidade pode ser considerada um autêntico direito fundamental, enquanto a liberdade geral de ação não pode ser protegida especificamente por um direito fundamental, razão pela qual é preciso a definição de liberdades específicas e concretas derivadas do livre desenvolvimento da personalidade e não uma perspectiva ampla de fazer ou deixar de fazer o que quiser[95].

Tal entendimento foi acompanhado por Konrad Hesse ao defender, em seu manual, uma concepção restringida a respeito do livre desenvolvimento da personalidade. Para ele a concepção ampla levaria à consagração deste direito como uma superinstância revisora, pois todo e qualquer tipo de limitação da liberdade deveria ser analisada pelo Tribunal Constitucional. Entrave que seria resolvido caso o livre desenvolvimento da personalidade fosse interpretado como uma garantia da "esfera da vida pessoal mais estreita", pois somente assim o âmbito de proteção estaria conforme as peculiaridades dos direitos fundamentais que, por serem direitos subjetivos, dizem respeito a âmbitos de liberdades pontuais e importantes. Com isso evitar-se-ia a utilização deste direito para fundamentar qualquer recurso direcionado ao TCF[96].

A partir destas considerações, é possível dizer que a divergência em torno do livre desenvolvimento da personalidade no direito alemão concerne à adoção de uma concepção ampla ou restrita em torno do seu âmbito de proteção. Tal discussão não fica circunscrita à concepção germânica, influenciando também o entendimento a respeito deste direito em outros países.

O âmbito de proteção é definido como "o domínio da vida protegido pelos direitos fundamentais", ocasionalmente chamado de âmbito normativo, ou seja, o âmbito que a norma jurídica reconhece na realidade e o recorta como objeto de proteção[97]. São considerados sinônimas as expressões: âmbito de proteção,

---

[95] SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (organizadores). **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão.** Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 228-233.

[96] **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 328.

[97] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116. Em outras palavras: "a definição do âmbito de proteção de um direito fundamento responde à

domínio normativo, pressupostos de fato dos direitos fundamentais e âmbito normativo. Todas elas utilizadas para explicitar as realidades da vida, atos e comportamentos, ativos ou omissivos, que constituem objeto de proteção dos direitos fundamentais[98].

Deste modo, o âmbito de proteção abrange o bem jurídico tutelado que muitas das vezes não é facilmente identificável em razão da vagueza semântica dos enunciados normativos, da multifuncionalidade dos direitos fundamentais[99] ou da necessidade de se determinar a extensão de proteção de determinado direito fundamental, geralmente invariável, a partir de uma interpretação sistemática em conjunto com os demais direitos fundamentais e disposições constitucionais[100].

Analisando o domínio existencial do livre desenvolvimento da personalidade, percebe-se que está ligado à proteção que a pessoa possui para escolher livremente o seu próprio projeto vital. A liberdade é o ponto de partida para a autoconstrução da personalidade, pois é a pessoa quem deve escolher, sem qualquer ingerência, sobre o seu projeto de vida, bem como modificá-lo quantas vezes for necessário[101]. A pessoa deve poder se desenvolver levando em consideração aquilo que ela é, aquilo que vai sendo e no que virá a ser, pois de maneira auto-constituinte o homem pode ser o que bem entender[102].

A perspectiva dinâmica e evolutiva da pessoa humana é ressaltada por meio da noção de personalidade que se desenvolve livremente através de atos, relações, negócios jurídicos, ou seja, de todo o atuar ou não atuar do ser humano[103]. Neste sentido, o livre desenvolvimento da personalidade está presente em qualquer

---

pergunta acerca de que atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante o referido direito" (SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 72).

[98] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1262.

[99] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 396; BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para a solução de conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 66.

[100] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

[101] MORCHÓN, Gregoria Robles. El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C.E). In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad**: artículo 10 de la constitución. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995, p. 48-49. O autor ainda explica que algo similar pode ser expressado por meio da autonomia ou autodeterminação da pessoa.

[102] VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 75.

[103] CHAPARRO, Ramos apud CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado.** Madrid: Civitas, 2010, p. 20.

ocasião onde se desenvolva a vida do homem, sendo aplicável a todos os campos da atividade humana: social, político, económico, afetivo, entre outros[104].

Como bem explica Diogo Costa Gonçalves, a personalidade humana não é algo estático, acabado e fechado, pois a realização do ser humano ocorre durante toda a sua vida e termina apenas com a sua morte. A personalidade, assim, não engloba apenas aquilo que a pessoa é, mas também toda a sua potencialidade de vir a ser. Esta capacidade de ser que garante o surgimento dos direitos da personalidade como garantias para o pleno desenvolvimento da personalidade ao visar, essencialmente, a tutela das liberdades e seus elementos potencializadores[105].

O desenvolvimento da personalidade garante a autonomia para a determinação de uma personalidade livre, sem nenhum tipo de ingerência injustificada, perfazendo um direito à individualidade, decorrendo, ainda, um conteúdo de liberdade de agir e de não interferência do Estado ou particulares[106].

Rejeita-se por meio deste direito a imposição de formas pré-determinadas para a realização da personalidade humana. Isso porque a forma de realização da personalidade humana não é algo predefinido que possa ser atribuído a alguma espécie de padrão ou modelo. A personalidade é algo que se constrói, se autodetermina, de acordo com o escolhido por cada pessoa, que constitui um centro de decisão autônomo[107]. Ninguém pode substituir a pessoa no exercício da ação voluntária para a realização da personalidade humana (única e irrepetível)[108].

---

[104] CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado.** Madrid: Civitas, 2010, p. 21.
[105] **Pessoa e direitos da personalidade:** fundamentação ontológica de tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 96.
[106] MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro.** Ano 2, n. 10, p. 11175-11211. Lisboa, 2013, p. 1178. No mesmo sentido: PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 157-158.
[107] PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 152. Neste sentido Carlos Roberto Barros afirma: "(...) deve-se, em linha de princípio, respeitar a liberdade de agir do cidadão, como legítimos conformadores de suas personalidades. Assim, mesmo os atos que possam ser considerados pela sociedade, como expressão de uma anti-socialidade, como é o caso dos eremitas, desde que respeitados certos limites (como a lei moral, os direitos dos outros, os preceitos constitucionais, etc.), devem ser assegurados e protegidos por todas as pessoas, pois a personalidade que é protegida por esse direito não está contida em um quadro geral feito pela

É neste sentido que o livre desenvolvimento da personalidade coincide com um dos princípios liberais subjacentes aos direitos humanos chamado por Santiago Nino de "princípio da autonomia pessoal". Para o autor, este princípio estabelece a adoção livre de ideais e de planos de vida baseados nestes ideais que não podem sofrer interferências do Estado. Este apenas se limita à construção de instituições que facilitam o desenvolvimento individual e evitam a interferência mútua[109]. Assim, a autonomia pessoal se divide em dois aspectos: (i) uma avaliação positiva em relação a autonomia individual para a escolha entre as concepções de vida boa e de planos de vida; (ii) a proibição de ingerência do Estado (estendido aos agentes particulares) no exercício da autonomia[110].

Para Santiago Nino, o contrário de adotar o princípio da autonomia pessoal é conceder ao Estado o poder de decidir o que é bom para as pessoas, sem levar em consideração as suas preferências ou desejos, valendo-se inclusive de meios coercitivos para favorecer determinados planos de vida, ideais de virtude ou interesses que lhe sejam mais interessantes. Esta concepção é chamada de "perfeccionismo"[111]. Nas palavras do autor:

> Políticas e medidas perfeccionistas tentam impor o que só pode ser aceito espontaneamente. Elas são inerentemente inconsistentes. Os ideais de excelência humana tampouco são satisfeitos quando as pessoas os adotam por equívoco ou confusão, isto é, quando não os teriam aceito se tivessem sido expostas a mais fatos e a ideais alternativos. Por essa razão, sempre haverá dúvidas sobre a realização desses ideais quando o contexto social não provê oportunidades de contrastá-los com outros ou quando o Estado dota uma política de propaganda a favor deles[112].

Como direito fundamental individual, o livre desenvolvimento da personalidade busca afastar justamente uma concepção perfeccionista de modelos de personalidade que possam ser impostos às pessoas pelo próprio Estado. A

---

sociedade e pelo Estado" (**O direito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor.** São Paulo: Biblioteca 24 horas, 2010, p. 26-27).

[108] GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade:** fundamentação ontológica de tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 56. No mesmo sentido: ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Rodrigues; FRUET, Gustavo Bonato (organizadores). **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2012, p. 78.

[109] **Ética e direitos humanos.** São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 177.

[110] **Ética e direitos humanos.** São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 184.

[111] **Ética e direitos humanos.** São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 177.

[112] **Ética e direitos humanos.** São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 190.

autobiografia da pessoa humana deve ser construída seguindo a liberdade de determinação da sua própria personalidade, sem qualquer oposição coercitiva por parte dos poderes estatais ou por agentes particulares.

A definição de livre desenvolvimento aqui esboçada já encontrou respaldo direto nas cortes constitucionais de diversos países, em especial naqueles que possuem este direito fundamental expressamente positivado em suas constituições. Neste diapasão, analisando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a Corte Constitucional da Colômbia define que a sua primeira e principal consequência é de deixar a pessoa decidir por si mesma as questões que somente a ela se atenha. O Estado decidir pela pessoa é o mesmo que violar a sua dignidade e reduzi-la a uma condição de objeto[113].

Por sua vez, a Suprema Corte de Justiça da Nação mexicana emitiu tese interpretativa deste direito afirmando que o Estado deve reconhecer a faculdade natural de toda pessoa ser aquilo que ela quiser, sem coações ou controles sem justificativas, com o objetivo de cumprir as metas fixadas de acordo com seus próprios valores, ideais e expectativas. Assim, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade compreenderia, entre outros direitos: (i) a liberdade de contrair ou não contrair matrimônio; (ii) de ter quantos filhos quiser ou de não tê-los; (iii) de escolher sua aparência pessoal; (iv) escolher sua profissão ou atividade de trabalho; (v) a liberdade de opção sexual. Todas essas emanações correspondem a aspectos que fazem parte da forma em que a pessoa deseja viver a sua vida e, portanto, somente a ela cabe decidir de forma autônoma[114].

A perspectiva da individualidade concernente ao livre desenvolvimento da personalidade leva à consideração de aspectos relativos à: (i) autonomia e autodeterminação; e (ii) eleição do plano de vida e busca da felicidade; (iii) respeito à diferença.

---

[113] COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia C-355/06**. Proponente: Alvaro Tafur Galvis.

[114] MÉXICO. Suprema Corte de la Justicia de la Nación. **Tesis aislada: derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende.** Dezembro de 2009.

Autonomia em sentido literal significa auto-legislação[115], ou seja, ditar as normas para si mesmo. É o contrário de heteronomia, quando as normas são criadas por outras pessoas. Autodeterminação, por sua vez, corresponde à noção contrária de determinismo. Na autodeterminação o próprio sujeito que toma as suas decisões[116] e consequentemente é responsável por elas, enquanto no determinismo a ideia geral é de que as nossas ações são condicionadas (determinadas) por fatores externos à nossa vontade.

Conforme Antonio Enrique Pérez Luño, a dignidade da pessoa humana não representa apenas uma garantia negativa que tutela a pessoa frente a ofensas e humilhações. A dignidade também pressupõe uma perspectiva positiva de pleno desenvolvimento da personalidade que, por sua vez, demanda uma esfera de autodisponibilidade – garantindo as possibilidades de atuação próprias de cada homem, sem interferências externas – e uma esfera de autodeterminação, que surge da projeção da razão humana e não por uma predeterminação conferida pela natureza[117].

Depois desta comparação, é possível concluir que autonomia e autodeterminação não são sinônimas, apesar da sua ampla utilização como se fossem. A autonomia para Kant está na escolha daquelas máximas que possam ser transportadas para leis universais, pois a pessoa é autônoma quando obedece a uma lei que ela mesmo criou[118]. Enquanto, como explica Jan-R. Sieckmann, autodeterminação é guiar a sua conduta conforme os objetivos que a própria pessoa elege. A autodeterminação não implica em auto-legislação, pois a pessoa pode se autodeterminar mesmo se houver uma lei que não tenha sido criada por ela mesma[119].

---

[115] SIECKMANN, Jan-R. El concepto de autonomía. **Doxa:** cuadernos de filosofía del derecho. N. 31, p. 465-468. Alicante, 2008, p. 466.

[116] BERRÍO, Andrés Felipe Suárez. Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana entre los años 1992 y 1997. **Díkaion**. N. 8, p. 68-126. Chía (Colombia), julio, 1999, p. 77.

[117] **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 324.

[118] WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia do direito:** autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 24.

[119] El concepto de autonomía. **Doxa:** cuadernos de filosofía del derecho. N. 31, p. 465-468. Alicante, 2008, p. 467.

Muito embora o livre desenvolvimento da personalidade não dispense a noção de autonomia, pois para salvaguardar a liberdade de autodeterminação é preciso garantir uma esfera de autonomia[120], é na autodeterminação que reside a sua real contribuição na proteção e promoção da pessoa humana. Ao trazer a possibilidade do homem dirigir a sua vida de acordo com a sua vontade, a autodeterminação permite a livre realização da pessoa protegendo e promovendo as decisões individuais que determinam o ser humano e são, no mais, manifestações individuais da sua própria personalidade[121] (modos de ser).

Ao proteger direitos invioláveis do homem, a liberdade ou o livre desenvolvimento da personalidade, as constituições tutelam a principal forma de expressão fenomênica da liberdade: o projeto de vida[122]. A consideração da autodeterminação permite a escolha e construção do próprio projeto de vida. Cada pessoa possui um plano de vida único, original e inacabado, sendo que a busca da felicidade é a meta a ser alcançada via realização deste projeto. Assim,

> el proyecto de vida deviene en el conjunto de ideales, objetivos, opciones y decisiones del individuo, teniendo como resultado […] que durante la temporalidad de una vida humana, el individuo nace, se socializa, educa, trabaja, reproduce, recrea y muere, y la importancia de todo ello, deriva en que en todo momento el individuo es el protagonista de su propia existencia[123].

A pessoa humana, para realizar-se como ser livre, deve projetar a sua vida. Essa vida é um processo contínuo de projetos sucessivos, pois no presente decidimos o projeto para o futuro, sendo condicionados pelo nosso passado. Disto resulta a liberdade e temporalidade do ser humano que enquanto tal não pode

---

[120] BERRÍO, Andrés Felipe Suárez. Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana entre los años 1992 y 1997. **Díkaion**. N. 8, p. 68-126. Chía (Colombia), julio, 1999, p. 78.

[121] BADILLA, Kevin Johan Villalobos. **El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad**. 360 f. Tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, 2006, p. 89.

[122] SESSAREGO, Carlos Fernández. Daño al proyecto de vida. **Revista de Derecho PUCP**. n. 50, p. 47-97. Lima, 1996, p. 95.

[123] BADILLA, Kevin Johan Villalobos. **El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad**. 360 f. Tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, 2006, p. 92. Tradução livre: "o projeto de vida torna-se o conjunto de ideais, metas, escolhas e decisões dos indivíduos, tendo como resultado [...] que durante a temporalidade da vida humana, o indivíduo nasce, socializa-se, educa-se, trabalha, reproduz, diverte-se e morre, e a importância disso, deriva de em todos os momentos o indivíduo é o protagonista de sua própria existência."

deixar de projetar[124]. Desta imensa quantidade de projetos, é possível diferenciar aquele que possui uma fundamentabilidade para a existência da pessoa, ou seja, o projeto da pessoa que é dotado de especial importância, que uma vez violado ocasiona sérios danos psicossomáticos, daí se falar em dano ao projeto de vida[125] a ser resolvido por uma das formas de tutela civil do livre desenvolvimento da personalidade (responsabilidade civil repressiva).

Se a pessoa é livre para escolher o seu plano de vida feliz, então a mesma não pode sofrer nenhuma espécie de censura ou discriminação advinda das suas decisões relacionadas à sua maneira de ser. O livre desenvolvimento da personalidade também preconiza o respeito pelas diferenças entre cada ser humano que configura livremente o seu modo de viver[126].

Por certo que a proteção da individualidade da pessoa em relação à autodeterminação do seu próprio modelo de personalidade e do seu projeto de vida boa e feliz, sem intervenções do Estado ou de particulares, compreende, além do respeito e promoção das escolhas existenciais da pessoa humana, aquelas posições jurídicas fundamentais que são pressupostos na garantia de tal desenvolvimento. Estas posições jurídicas fundamentais também devem ser incluídas dentro do âmbito de proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Paulo Otero, por sua vez, sustenta que do direito ao livre desenvolvimento da personalidade decorrem sete dimensões. A primeira diz respeito ao reconhecimento da personalidade, da capacidade e dos direitos da personalidade, pois não podem existir seres humanos sem personalidade jurídica, capacidade ou direitos da personalidade. A segunda concerne à proteção da individualidade de cada um, uma vez que o desenvolvimento da personalidade requer autonomia no

---

[124] SESSAREGO, Carlos Fernández. Daño al proyecto de vida. **Revista de Derecho PUCP**. n. 50, p. 47-97. Lima, 1996, p. 51-52.
[125] SESSAREGO, Carlos Fernández. Daño al proyecto de vida. **Revista de Derecho PUCP**. n. 50, p. 47-97. Lima, 1996, p. 83-84.
[126] OTERO, Paulo. **Direito constitucional português:** vol. I – identidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2010, p. 42. Nas palavras do autor: "A afirmação de um princípio geral de liberdade envolve, por consequência, o reconhecimento de um direito à diferença de cada pessoa humana na sua maneira de ser, pensar e agir, enquanto realidade única, irrepetível e infungível: o livre desenvolvimento da personalidade determina o respeito pela autonomia de cada ser humano na formação da sua individualidade, na exploração das potencialidades da suas forças e talentos, na arbitrariedade da escolha de todas as opções e na configuração do seu modo de vida."

processo de formação da personalidade, na exploração das suas potencialidades e na escolha do seu próprio modo de vida[127].

A terceira dimensão é identificada com a liberdade geral de ação. Só é proibido o que o Direito tipifica como proibido ou, mesmo sem norma expressa, causar danos aos outros. A quarta categoria está intimamente relacionada com a terceira, reconhecendo que o livre desenvolvimento da personalidade funciona como cláusula residual de direitos de liberdade não tipificados[128].

A quinta dimensão preconiza o respeito à diferença de cada pessoa, vedando qualquer forma de censura ou discriminação, enquanto a sexta define a incumbência dos poderes públicos e promover o real desenvolvimento da personalidade por meio da realização do bem-estar material e imaterial. Por fim, a última categoria enxerga no livre desenvolvimento da personalidade uma cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva, pois cada um deve assumir as consequências de suas escolhas face a terceiros[129].

Com as devidas adaptações, necessárias para uma construção constitucionalmente adequada ao sistema jurídico brasileiro, é possível identificar, na esteira do pensamento alemão, duas grandes dimensões do âmbito de proteção do livre desenvolvimento da personalidade. A primeira diz respeito à liberdade geral de ação, que abrange todo tipo de atuação humana e não apenas um âmbito da vida delimitado como ocorre com os demais direitos fundamentais especiais de liberdade. A segunda engloba o chamado direito geral de personalidade, que também envolve a proteção da personalidade em sentido amplo sem se limitar a âmbitos específicos dos demais direitos da personalidade[130]. Isso porque, mesmo que todas as dimensões trazidas por Paulo Otero sejam verdadeiras consequências do livre desenvolvimento da personalidade, é possível, contudo, concentrá-las nestas duas grandes dimensões subjetivas ou remanejá-las para a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

---

[127] **Instituições políticas e constitucionais:** vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 580.
[128] **Instituições políticas e constitucionais:** vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 580-581.
[129] **Instituições políticas e constitucionais:** vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 581.
[130] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175-177. Como será verificado, no direito brasileiro o direito geral de personalidade vem sendo substituído por uma cláusula geral de tutela da personalidade por ser uma teoria aberta a todas as situações jurídicas subjetivas existenciais e não apenas centrada na categoria dos direitos subjetivos.

Neste mesmo diapasão é o entendimento de Paulo Mota Pinto ao reconhecer uma dupla dimensão de proteção do livre desenvolvimento da personalidade. A tutela da liberdade geral de ação proporciona a proteção da atividade ou comportamento da pessoa humana, enquanto a dimensão de tutela da personalidade significa a proteção de sua integridade ou substrato da atividade livre. No caso da liberdade, o bem jurídico protegido é a livre decisão sobre determinada ação ou omissão, enquanto no segundo o bem jurídico é a proteção contra a lesão pessoal por parte de terceiros. É a junção das duas dimensões do âmbito de proteção que garante o desenvolvimento de "uma individualidade autónoma e livre", pois o direito geral de liberdade requer a tutela da personalidade como pressuposto de uma atuação livre[131].

3. RECONHECIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Normalmente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais é definido a partir de uma disposição de direito fundamental, ou seja, pressupondo um texto normativo que dá sustento às normas de direito fundamental e depois às suas posições fundamentais definidas no caso concreto. Ao se definir um direito fundamental implícito na Constituição, ou decorrente de seu regime e princípios, o recurso a este enunciado linguístico se mostra inoperante. Assim, no caso destes direitos, o seu fundamento constitucional não está em uma disposição textual que respalde a existência deste direito, mas em outras normas constitucionais que permitem a construção "do zero" de um novo direito fundamental[132].

No caso brasileiro, a exegese do art. 5º, § 2º da CF/88 aponta que os fundamentos materiais constitucionais para a construção e reconhecimento de um direito fundamental não escrito está no regime e nos princípios adotados pela própria Constituição. Neste ponto destacam-se entre os princípios a dignidade da pessoa humana e, para o regime – aqui entendido em sentido estrito –, o

---

[131] O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 163-164.

[132] SACIO, Juan Manuel Sosa. Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad. In: DÁVALOS, Luis Sáenz (coord.). **Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el tribunal constitucional**. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 116.

subsistema de direitos fundamentais[133]. Esta norma configura os chamados direitos fundamentais implícitos em sentido amplo, que para além daqueles direitos decorrentes do regime e princípios da Constituição, também inclui os direitos implícitos em sentido estrito, ou seja, aqueles subentendidos a partir de âmbito de proteções já existentes de outros direitos fundamentais[134].

A importância da relação entre a abertura material da Constituição e a dignidade humana está no fato de que os direitos fundamentais em espécie possuírem âmbitos semânticos que permitem uma melhor operacionalidade em face do vasto conteúdo preconizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana[135]. Assim, desde a perspectiva da dignidade podem ser deduzidos direitos fundamentais que não estão expressamente previstos na Constituição Federal, esta é, inclusive, uma das funções reconhecidas à dignidade pela doutrina e jurisprudência italiana[136].

Por certo que esta identificação de direitos não enumerados exige cautela do interprete[137] e deve seguir alguns parâmetros. Juan Sacio traz como critérios: (i) fundamentabilidade; (ii) especificidade normativa; e (iii) adequação constitucional. O primeiro diz respeito às características substantivas que um direito precisa conter para ser considerado fundamental, em especial a sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana. A especificidade normativa concerne à necessidade do direito fundamental implícito faça referência a posições jurídicas concretas, evitando-se a inclusão de direitos fundamentais genéricos, mas sem fazer alusão a

---

[133] SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. Os direitos fundamentais atípicos e a incorporação dos tratados de direitos humanos à constituição brasileira: reflexões a partir do § 2º, do art. 5º da CF/88. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 229.

[134] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 139.

[135] SARLET, Ingo Wolgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 120. Continua o autor: "[...] nada impede (antes pelo contrário, tudo impõe) que se busque, com fundamento direto na dignidade da pessoa humana, a proteção – mediante o reconhecimento de posições jurídico-subjetivas fundamentais – da dignidade contra novas ofensas e ameaças, em princípio não alcançadas, ao menos não expressamente, pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais já consagrados no texto constitucional."

[136] PIROZZOLI, Anna. **La dignità dell'uomo:** geometrie costituzionali. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 102-105.

[137] SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF. In: ______. Daniel Sarmento (Coordenadores). **Direitos fundamentais no supremo tribunal federal:** balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 59.

âmbitos de proteção extremamente específicos. O terceiro critério indica que o direito fundamental deve ser construído respeitando as demais disposições constitucionais, pois se existe algum texto normativo que se oponha ao reconhecimento de um determinado direito fundamental implícito, então a sua construção deve ser tida por inconstitucional[138].

A dignidade da pessoa humana, como critério de fundamentabilidade, não possui um sentido unívoco, podendo assumir diversos significados, muitos deles vagos e imprecisos[139]. Isto, todavia, não pode impedir que sejam buscadas as interpretações possíveis para tal princípio constitucional que desempenha importante função no sistema jurídico constitucional[140].

Haja vista a amplitude do tema que remonta ao direito romano[141], será analisada a dignidade da pessoa humana sob o ponto de vista jurídico-filosófico com especial atenção para o seu aspecto de garantia da autonomia e autodeterminação que, por sua vez, é o ponto central de ligação entre este princípio e o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

No plano filosófico foi Pico Della Mirandola, durante o renascentismo, que ressaltou o caráter de autonomia ínsito à dignidade do homem ao observar que a pessoa humana é um ser que se automodela e se recria a todo instante[142], sendo que a liberdade de escolha se concretiza em um ato de vontade fazendo o homem um ser superior e dotado de dignidade[143]. Immanuel Kant também encontra na

---

[138] Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad. In: DÁVALOS, Luis Sáenz (coord.). **Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el tribunal constitucional**. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 120-126.

[139] SARLET, Ingo Wolgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47.

[140] SARLET, Ingo Wolgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51.

[141] BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 13.

[142] **Discurso sobre la dignidad del hombre.** Buenos Aires: Longseller, 2003, p. 37.

[143] PIROZZOLI, Anna. **Il valore costituzionale della dignità:** un'introduzione. Roma: Aracne, 2007, p. 23. Em outras palavras: "Dessa maneira, enquanto os animais, desde o início, já trazem a programação do que serão no futuro e os espíritos superiores, desde o início, já são aquilo que serão por toda a eternidade, apenas ao homem foi dada a possibilidade de construir, por si só, o seu próprio destino. Pico identifica justamente nesta condição do homem, de ser inacabado e imperfeito, mas capaz de se aperfeiçoar conforme sua vontade e seu livre consentimento, a propriedade que o torna digno da mais alta admiração" (WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana:** reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 56).

autonomia a razão para fundamentar a qualidade de dignidade do homem[144]. Para o autor no reino dos fins aquilo que não tem preço possui dignidade[145] e, portanto, só pode ser tratado como um fim em si mesmo[146].

A autonomia para Kant é o fundamento da dignidade da pessoa humana ou de qualquer outro ser racional, ou seja, a ideia de autonomia precede à própria noção de dignidade e tem como significado a capacidade de todo ser racional de ser legislador universal e estar, simultaneamente, submetido à legislação por si criada[147].

Partindo para o ponto de vista jurídico, Luís Roberto Barroso afirma que a autonomia é o elemento que garante eticidade à dignidade humana e permite que o indivíduo, no uso da sua autodeterminação, defina as regras que irão reger a sua própria vida. Disto decorre que a pessoa pode fazer as suas escolhas pessoais ao longo da sua própria vida e levando em consideração a sua própria concepção de bem, estando relacionada com as liberdades básicas (autonomia privada) e direitos de participação política (autonomia pública)[148].

A relação entre dignidade e liberdade é registrada por Paulo Otero ao afirmar que a dignidade pressupõe um princípio de liberdade, criando uma relação recíproca entre as duas categorias, pois não existe dignidade sem liberdade e nem liberdade sem dignidade. Proíbe-se, portanto, a redução do ser humano à escravatura, à crueldade e tortura, às ofensas em sua integridade, pugnando por um pleno e livre desenvolvimento da personalidade[149].

---

[144] **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009, p. 269.
[145] **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009, p. 265.
[146] **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009, p. 239.
[147] WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana:** reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 312.
[148] BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 81-82. Maria Celina Bodin de Moraes também elenca a autodeterminação como uma das expressões jurídicas da dignidade: "O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) que reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade" (**Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85).
[149] **Instituições políticas e constitucionais:** vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 554-555.

Importante ressaltar que, segundo este autor, a dignidade não cria apenas direitos, mas constitui deveres em relação à pessoa humana. Por parte do Estado tem-se: (i) dever de respeitar a dignidade humana de cada pessoa; (ii) dever de proteger a dignidade por meio de medidas positivas; (iii) dever de remover os obstáculos que impedem a realização da dignidade; (iv) dever de defender a dignidade da pessoa face à sociedade; (v) dever de indenizar as lesões à dignidade realizadas pelo Estado[150].

Dessa relação entre direito e deveres, Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade como:

> (...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida[151].

Canotilho entende a dignidade da pessoa humana a partir do princípio antrópico delineado por Pico Della Mirandola, ou seja, o indivíduo como conformador de si próprio e de seu projeto espiritual[152]. Posteriormente, após considerar que a determinação do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana é melhor explicada por meio da análise dos direitos fundamentais, o autor define cinco paradigmas de integração entre estes direitos: (i) a garantia da integridade física e espiritual do homem como dimensão de sua individualidade; (ii) a proteção da identidade e integridade da pessoa via o livre desenvolvimento da personalidade; (iii) os direito sociais, com especial relevância para as condições existenciais mínimas; (iv) a reafirmação de proteção da autonomia individual pela vinculação dos poderes

---

[150] **Instituições políticas e constitucionais:** vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 565.

[151] **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

[152] **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225.

públicos aos conteúdos e formas do Estado de Direito; e (v) a igualdade de tratamento pelo reconhecimento da igual dignidade social[153].

Apesar desta análise parecer ser um tanto quanto redundante em relação ao primeiro e segundo paradigma trazido pelo autor (são extremamente parecidos), o essencial é notar a relação intrínseca existente entre livre desenvolvimento da personalidade e dignidade da pessoa humana que também é ressaltada por diversos outros autores[154].

É neste sentido, levando em consideração que a dignidade é um dos parâmetros para auferir a materialidade dos direitos fundamentais[155], que a maioria dos autores brasileiros, que se propuseram a analisar de alguma forma o livre desenvolvimento da personalidade, reconhecem no princípio da dignidade da pessoa o fundamento que permite a inclusão de tal direito fundamental no sistema jurídico brasileiro.

Nas palavras de Fernanda Cantali,

> O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade não está expressamente consagrado no ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, na medida em que a Constituição reconhece a dignidade humana, que tem como substrato material o postulado da liberdade e da autodeterminação pessoal, não há como discordar que daí se pode, ou melhor, se deve, extrair tal direito, merecendo ser admitido e consagrado como princípio da ordem constitucional, ainda que implícito[156].

---

[153] **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 248-249

[154] Além dos já apresentados veja-se: ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Rodrigues; FRUET, Gustavo Bonato (organizadores). **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2012, p. 79; PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 151-152; RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti.** Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 189; MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. O direito à orientação sexual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **Novos Estudos Jurídicos**, vol. 14, n. 2, p. 105-125, maio-agosto 2009, p. 113.

[155] OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais:** vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 562; MORCHÓN, Gregoria Robles. El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C.E). In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad**: artículo 10 de la constitución. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995, p. 47.

[156] **Direitos da personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 220. No mesmo sentido: LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS.** Vol. 19, p. 237-263. Porto Alegre, março, 2001, p. 254; SARLET, Ingo Wolgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 98-99; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: ______; MARINONI, Luiz

Em especial a doutrina brasileira tem trabalhado com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade para fundamentar os mais recentes direitos de liberdade sexual tais como a possibilidade de realização da cirurgia para a mudança de sexo[157] e a liberdade de orientação sexual[158].

Ademais, o Supremo Tribunal Federal tocou na questão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no voto particular do Min. Gilmar Mendes no que concerne à possibilidade de união estável homoafetiva na ADPF 132/RJ. O Ministro ressaltou que o desenvolvimento da personalidade pode ser retirado do reconhecimento da liberdade e de outros princípios fundamentais como a dignidade humana, a cidadania, a construção de uma sociedade sem preconceitos, a prevalência dos direitos humanos e a possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente previstos no texto constitucional[159].

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes ressalta principalmente o papel de combate a qualquer tipo de preconceito e discriminação englobado pelo livre desenvolvimento da personalidade. Isso leva à consideração que a liberdade de orientação sexual, decorrente deste direito fundamental, também abrange o reconhecimento de efeitos jurídicos na manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo se unirem por meio dos laços afetivos. A função de não descriminação

---

Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 397-399; MARCO, Cristhian Magnus de; CASTRO, Matheus Felipe de. As dimensões e perspectivas do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Prisma Jurídico.** Vol. 12, n. 01, p. 13-49. São Paulo, janeiro/junho, 2013, p. 20; MARTINS, Thiago Penido; SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. Hermenêutica constitucional comparada: a contribuição da aplicabilidade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Vol. 14, n. 22, p. 205-239. Belo Horizonte, julho/dezembro, 2012, p. 220.

[157] SANTOS, Maria Ignez Franco. A identidade pessoa e a cirurgia de redesignação de sexo. In: CAMPOS, Diogo Leite de. **Estudos sobre os direitos das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 164; CERVI, Taciana Marconatto Damo. Transexualidade, redesignação sexual e o livre desdobramento da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar.** Vol. 9, n. 2, p. 487-503. Maringá, jul./dez., 2009.

[158] MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. O direito à orientação sexual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **Novos Estudos Jurídicos**, vol. 14, n. 2, p. 105-125, maio-agosto 2009, p. 121-122.

[159] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132/RJ**. Relator: Min. Ayres Britto. DJ 13/10/2011, p. 172.

do livre desenvolvimento importa em deveres de proteção para o Estado que, mediante comportamentos positivos, deve garantir a união estável homoafetiva[160].

Assim, com fundamento principal no princípio da dignidade da pessoa humana, é possível incluir implicitamente no sistema jurídico brasileiro o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade com o âmbito de proteção resultante da tutela da individualidade, da liberdade geral de ação e da cláusula geral de tutela da personalidade. Isso sem prejuízo da sua perspectiva objetiva com destaque para a eficácia irradiante, os deveres de proteção (já assinalado pelo STF) e os deveres de realização.

Quanto ao critério da especificidade normativa, Juan Sacio exclui o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da categoria de direitos fundamentais implícitos dado a sua generalidade e também afirmando que a Constituição peruana – analisada pelo autor – garante o direito ao desenvolvimento e bem estar (art. 2º, inc. 1) do qual pode ser retirado o direito ao desenvolvimento da personalidade[161].

Por certo que a forma implícita do livre desenvolvimento da personalidade reconhecida pelo Tribunal Constitucional peruano em 2006[162] só perdurou até 2010 quando o mesmo Tribunal passou a reconhecer de forma explícita o desenvolvimento da personalidade a partir do próprio art. 2º, inc. 1[163]. Todavia, esta conclusão não pode ser transportada para uma análise empírica da Constituição brasileira.

Primeiro que a disposição do art. 205, *caput*, da CF/88[164] não garante o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, mas apenas demonstra que uma das finalidades do direito à educação é o pleno desenvolvimento da pessoa, perfazendo, assim, um princípio que deve reger as políticas públicas sobre aquele direito. Portanto, não seria possível o reconhecimento de um direito fundamental ao

---

[160] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132/RJ**. Relator: Min. Ayres Britto. DJ 13/10/2011, p. 172-173.

[161] Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad. In: DÁVALOS, Luis Sáenz (coord.). **Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el tribunal constitucional**. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 143-144.

[162] PERU. Tribunal Constitucional del Perú. **STC Exp. n. 007-2006-PI/TC**.

[163] PERU. Tribunal Constitucional del Perú. **STC Exp. n. 00032-2010-PI/TC**.

[164] Art. 205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

livre desenvolvimento da personalidade de forma expressa, mas fora do catálogo do Título II da CF. Isso não indica, contudo, que este dispositivo não possa ser utilizado para indicar, por indução, a relação entre o livre desenvolvimento da personalidade e o regime de direitos fundamentais da Constituição brasileira como será demonstrado.

Em segundo, Juan Sacio entra em contradição ao afirmar que a generalidade do direito ao desenvolvimento da personalidade impede o seu reconhecimento como direito fundamental, isso porque o próprio autor – ao tratar sobre este critério – afirma que é possível a identificação de direitos fundamentais genéricos, mas que nesses casos é necessária uma maior argumentação jurídica na definição do âmbito de proteção, titulares e destinatários destes direitos[165]. Assim, quanto mais genérico o direito, maior deve ser a argumentação jurídica entorno do seu reconhecimento, ônus que julgamos já ter cumprido em parte e que ainda será complementado.

Sobre a adequação constitucional, é possível perceber que no texto normativo constitucional não existe nenhum dispositivo que vá de encontro ao reconhecimento de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade de forma implícita. Pelo contrário, apesar de não ser em forma de um direito fundamental, em seu art. 205, *caput*, a Constituição indica que a educação visa o pleno desenvolvimento da pessoa, que uma vez conjugado com a dignidade da pessoa e demais disposições constitucionais sobre a liberdade e direitos da personalidade, permite configurar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade[166].

Ademais, a própria Constituição Federal já reconhece, dentro do seu regime específico de direitos fundamentais, parte do âmbito de proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Isso porque, apesar de não reconhecer

---

[165] Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad. In: DÁVALOS, Luis Sáenz (coord.). **Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el tribunal constitucional**. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 124.

[166] Situação semelhante foi vivenciada pela Constituição portuguesa: "E, sobretudo, no artigo 73.º, n.º 2, da Constituição, referia-se o desenvolvimento da personalidade como objectivo da política educativa, do que – conjugado com a garantia da dignidade humana e as outras referidas disposições – já se poderia, a nosso ver, extrair uma garantia constitucional de livre desenvolvimento da personalidade" (PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 154).

expressamente um direito geral da personalidade, a CF identifica diversos direitos especiais da personalidade como a intimidade, vida privada, honra e imagem no art. 5º, inc. X. Este reconhecimento, conjugado com a função material de fundamentação de novos direitos realizada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, chega-se facilmente à uma tutela geral da personalidade.

Ao longo dos incisos do art. 5º, a Constituição ainda positivou diversas liberdades fundamentais específicas: liberdade de pensamento, liberdade de consciência e religiosa, liberdade de profissão, liberdade de locomoção, liberdade de associação, entre outras. Sem prejuízo destas liberdades, também pode ser identificado no art. 5º *caput*[167] e seu inciso II[168] o âmbito de proteção do já denominado direito geral de liberdade.

Neste diapasão, é possível concluir que, assumindo um raciocínio dedutivo, o livre desenvolvimento da personalidade é direito fundamental por ser decorrência do princípio da dignidade da pessoa. Não obstante, de forma indutiva, este mesmo direito também pode ser retirado do regime de direitos fundamentais.

Por fim, ressalta-se que a existência de um direito geral de liberdade e um direito geral da personalidade na Constituição não torna obsoleta a proposta de reconhecimento de um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. Primeiro porque tal direito transcende a proposta de proteção destes dois âmbitos normativos[169] ao trazer como objeto de tutela as livres escolhas existenciais sobre o projeto de vida para a formação dinâmica da pessoa humana, ou seja, a construção da individualidade. Segundo, o livre desenvolvimento da personalidade serve como reforço interpretativo para questões que envolvem a liberdade e os direitos da personalidade, ou seja, possui eficácia irradiante própria.

4. CONCLUSÃO

---

[167] MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional:** leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012, p. 47-48.
[168] MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito ao desenvolvimento da personalidade e a sua relação com os direitos sociais. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coordenadores). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 338.
[169] Nas palavras de Pedro Adamy: "Entretanto, a garantia ao livre desenvolvimento da personalidade não pode ser confundida ou equiparada com a liberdade geral de ação. O livre desenvolvimento da personalidade diz muito mais. Garante muito mais ao indivíduo" (**Renúncia a direito fundamental.** São Paulo: Malheiros, 2011, p. 155-156).

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade é o direito fundamental com expressão mais próxima do princípio da dignidade da pessoa humana. Embora seja um direito bastante amplo, sua utilização para resolver casos concretos ainda se mostra mais operacional do que trabalhar simplesmente com a dignidade humana. Isso ocorre devido a especificação do âmbito normativo do livre desenvolvimento da personalidade face à dignidade.

Ao proteger e promover a individualidade humana, o livre desenvolvimento da personalidade assume papel essencial para a realização do personalismo no sistema jurídico brasileiro. A tutela da liberdade e dos direitos da personalidade mostram-se como âmbitos de proteção necessários para concretizar a formação livre e individual da pessoa humana e não podem ser negligenciados.

Assim, a falta de previsão expressa sobre o livre desenvolvimento da personalidade não significa que este não esteja incluído dentro do sistema constitucional de direitos fundamentais. Este direito pode e dever ser retirado do princípio da dignidade da pessoa humana como forma de ampliar a importância da pessoa para o Direito atual, influenciando nas tomadas de decisões relativas a casos concretos que envolvam a eleição e construção do plano de vida de cada pessoa como ser livre, a exemplo do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal.

Por certo que o estudo do âmbito de proteção e do reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade no sistema jurídico não esgota todas as possibilidades de enfoque e aplicação deste direito. Muitos temas importantes ainda merecem ser trabalhados: a perspectiva objetiva, titularidade, limites e aplicação nos diversos ramos do direito. Temas estes que vão muito além dos objetivos propostos nesta pesquisa.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental.** São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Rodrigues; FRUET, Gustavo Bonato (organizadores). **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2012.

BADILLA, Kevin Johan Villalobos. **El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad**. 360 f. Tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BERRÍO, Andrés Felipe Suárez. Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana entre los años 1992 y 1997. **Díkaion**. N. 8, p. 68-126. Chía (Colombia), julio, 1999.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para a solução de conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132/RJ**. Relator: Min. Ayres Britto. DJ 13/10/2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado.** Madrid: Civitas, 2010.

CERVI, Taciana Marconatto Damo. Transexualidade, redesignação sexual e o livre desdobramento da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar.** Vol. 9, n. 2, p. 487-503. Maringá, jul./dez., 2009.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia C-355/06**. Proponente: Alvaro Tafur Galvis.

FERRER, Anabella Del Moral. El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. **Cuestiones Jurídicas.** Vol. VI, n. 2, p. 63-96. Maracaibo (Venezuela), julio-diciembre, 2012.

GASSET, José Ortega y. **¿Qué es filosofia?** 4ª ed. Madrid: Revista de Occidente, 1965.

______. **El hombre y la gente.** Madrid: Revista de Occidente, 1957.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade:** fundamentação ontológica de tutela. Coimbra: Almedina, 2008.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS.** Vol. 19, p. 237-263. Porto Alegre, março, 2001.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2010.

MARCO, Cristhian Magnus de; CASTRO, Matheus Felipe de. As dimensões e perspectivas do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Prisma Jurídico.** Vol. 12, n. 01, p. 13-49. São Paulo, janeiro/junho, 2013.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional:** leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012,

MARTINS, Thiago Penido; SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. Hermenêutica constitucional comparada: a contribuição da aplicabilidade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Vol. 14, n. 22, p. 205-239. Belo Horizonte, julho/dezembro, 2012.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito ao desenvolvimento da personalidade e a sua relação com os direitos sociais. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coordenadores). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

______; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. O direito à orientação sexual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **Novos Estudos Jurídicos**, vol. 14, n. 2, p. 105-125, maio-agosto 2009.

MÉXICO. Suprema Corte de la Justicia de la Nación. **Tesis aislada: derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende.** Dezembro de 2009.

MILL, John Stuart. On liberty. In: ______. **On liberty and other essays**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro.** Ano 2, n. 10, p. 11175-11211. Lisboa, 2013, p. 1178.

MIRANDOLA, Pico Della. **Discurso sobre la dignidad del hombre.** Buenos Aires: Longseller, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORCHÓN, Gregoria Robles. El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C.E). In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad**: artículo 10 de la constitución. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995.

NINO, Carlos Santiago. **Ética e direitos humanos.** São Leopoldo: Unisinos, 2011,

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

______. Livre desenvolvimento da personalidade. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

OTERO, Paulo. **Direito constitucional português:** vol. I – identidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2010.

______. **Instituições políticas e constitucionais:** vol. I. Coimbra: Almedina, 2007.

PERU. Tribunal Constitucional del Perú. **STC Exp. n. 00032-2010-PI/TC**.

______. Tribunal Constitucional del Perú. **STC Exp. n. 007-2006-PI/TC**.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999.

PIROZZOLI, Anna. **Il valore costituzionale della dignità:** un'introduzione. Roma: Aracne, 2007.

______. **La dignità dell'uomo:** geometrie costituzionali. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti.** Roma-Bari: Laterza, 2012.

SACIO, Juan Manuel Sosa. Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad. In: DÁVALOS, Luis Sáenz (coord.). **Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el tribunal constitucional**. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. Os direitos fundamentais atípicos e a incorporação dos tratados de direitos humanos à constituição brasileira: reflexões a partir do § 2º, do art. 5º da CF/88. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

SANTOS, Maria Ignez Franco. A identidade pessoa e a cirurgia de redesignação de sexo. In: CAMPOS, Diogo Leite de. **Estudos sobre os direitos das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_______. Direitos fundamentais em espécie. In: ______; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

______. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; Daniel Sarmento (Coordenadores). **Direitos fundamentais no supremo tribunal federal:** balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

______. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (organizadores). **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão.** Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Daño al proyecto de vida. **Revista de Derecho PUCP**. n. 50, p. 47-97. Lima, 1996.

SIECKMANN, Jan-R. El concepto de autonomía. **Doxa:** cuadernos de filosofía del derecho. N. 31, p. 465-468. Alicante, 2008.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia do direito:** autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana:** reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.